

VU Research Portal

De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging

van der Poel, M.J.C.M.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van der Poel, M. J. C. M. (2013). *De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging*. (Publicaties van het Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam; No. 2013-I). Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam.
[http://www.rechten.vu.nl/nl/Images/M.J.C.M.%20van%20der%20Poel%20-%20De%20houdbaarheid%20van%20verplicht%20gestelde%20bedrijfstakpensioenfondsen%20en%20beroepspensioenregelingen%20\(mei%202013\)%20-%20Expertisecentrum%20Pensioenrecht%20VU_tcm22-361531.pdf](http://www.rechten.vu.nl/nl/Images/M.J.C.M.%20van%20der%20Poel%20-%20De%20houdbaarheid%20van%20verplicht%20gestelde%20bedrijfstakpensioenfondsen%20en%20beroepspensioenregelingen%20(mei%202013)%20-%20Expertisecentrum%20Pensioenrecht%20VU_tcm22-361531.pdf)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen

*Toetsing aan het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten
en vestiging*

Mr. Monique van der Poel

*Promovenda aan de Vrije Universiteit Amsterdam,
Expertisecentrum Pensioenrecht.*

Met medewerking van prof. dr. Erik Lutjens

*Hoogleraar pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam,
Expertisecentrum Pensioenrecht.*

Deze uitgave is in mei 2013 verschenen in de serie 'Publicaties van het Expertisecentrum Pensioenrecht Vrije Universiteit Amsterdam', met nummer 2013-1. De serie staat onder redactie van Prof. dr. E. Lutjens, hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.



Serie: Publicaties Expertisecentrum Pensioenrecht *Vrije Universiteit Amsterdam*,
nummer 2013-1

De uitgave van dit boek is mede mogelijk gemaakt door:
VU Expertisecentrum Pensioenrecht
Faculteit der Rechtsgeleertheit *Vrije Universiteit Amsterdam*
ISBN: 9789086596508

- © 2013 – Monique J.C.M. van der Poel – VU Expertisecentrum Pensioenrecht – Amsterdam.
- © 2013 – Ontwerp omslag & foto's omslag en binnenwerk: Monique J.C.M. van der Poel – Station Zuid Amsterdam ('Logica').

Alle rechten zijn voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of in enige vorm of op enige wijze openbaar worden gemaakt, hetzij elektronisch, mechanisch, in fotokopie of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur, Monique J.C.M. van der Poel.

Voorwoord

Dit boek is het resultaat van onderzoek naar de houdbaarheid van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. Het betreft onafhankelijk onderzoek, verricht voor het Expertisecentrum van de *Vrije Universiteit Amsterdam*. Nieuwe ontwikkelingen zijn tot medio maart 2013 in het onderzoek verwerkt, een enkele uitzondering daargelaten.

Mijn carrière in de wetenschap startte afgelopen jaar. In april 2012 reden Erik Lutjens en ik op een zonnige ochtend met een cassatie-advies in de achterbak door een bosrijke omgeving. Het gesprek ging over koetjes, kalfjes en cassabele beslissingen. Tijdens dat gesprek vroeg Erik mij op enig moment of ik interesse had in het verrichten van wetenschappelijk onderzoek, naast mijn werkzaamheden in de advocatuur. De overtuigingskracht van Erik mag niet worden onderschat. Twee maanden later begon ik met een onderzoek, waarvan de resultaten thans in boekvorm voor u liggen. De komende jaren besteed ik (mede) aan het schrijven van mijn proefschrift over solidariteit in nieuwe collectieve pensioencontracten.

De afgelopen maanden zijn enerverend geweest. De onderwerpen pensioen en solidariteit zijn aan de orde van de dag in de media. Jongere en middelbare generaties vragen zich af of het aanvullende pensioenstelsel nog zal bestaan als zij zelf met pensioen gaan. Ook wordt de vraag wel gesteld of solidariteit in pensioenregelingen niet te zeer in het nadeel van de jongere deelnemers is. Er is sprake van druk op het pensioenstelsel en de solidariteitsgedachte. Het korten op pensioenen door 66 pensioenfondsen in april van dit jaar heeft bijgedragen aan de zorgen over het aanvullende pensioenstelsel.

Het merendeel van de werknemers neemt in Nederland deel aan verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. De collectiviteit en solidariteit zijn de twee traditionele pijlers waarop de verplichte deelneming rust. In dit onderzoek heb ik geanalyseerd of de Verplichtstelling op juridische gronden houdbaar is. Ik heb gezien welke mate van solidariteit nodig is om de Verplichtstelling te kunnen (blijven) legitimeren, mede met het oog op een aantal recente ontwikkelingen en mogelijke alternatieven voor de Verplichtstelling. De houdbaarheid van het aanvullende pensioenstelsel is door mij getoetst aan het mededingingsrecht, het vrij verkeer van diensten en vestiging en bepalingen inzake gelijke behandeling. Met de onderzoeksresultaten in dit boek lever ik een bijdrage aan het debat over de zin en onzin van solidariteit in pensioenregelingen en de houdbaarheid van het aanvullende pensioenstelsel in Nederland.

Ik dank mijn promotor Erik Lutjens voor de begeleiding van mijn onderzoek en voor zijn enthousiasme over het pensioenrecht in den brede. Mijn collega's bij de *Vrije Universiteit Amsterdam*, Expertisecentrum Pensioenrecht, dank ik voor de geweldig collegiale sfeer en discussies over pensioenrechtelijke onderwerpen. Voorts ben ik veel dank verschuldigd aan student-stagiaire Angela, Malwina, mijn ouders en schoonmoeder voor het doornemen van dit boek op spelfouten en leesbaarheid en aan een ieder die de tijd heeft genomen met mij te discussiëren over de houdbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel. Zonder Maarten was het mij ten slotte niet gelukt de laatste loodjes op elkaar te stapelen. Ik sta bij hem vele koppen thee en koffie in het krijt, welke schuld ik reeds deze maand hoop in te lossen met een mooi diner.

Monique van der Poel
Mei 2013

Inhoudsopgave

Voorwoord	III
------------------------	------------

Afkortingen.....	XIII
-------------------------	-------------

1 Inleiding

1.1	Aanleiding onderzoek	1
1.1.1	Herevaluatie opzet pensioenstelsel	2
1.1.2	Invloed vanuit Europese Unie	3
1.1.3	Recente nationale maatregelen, gericht op toekomstbestendig pensioenstelsel.....	4
1.1.4	Politiek, draagvlak en vertrouwen.....	5
1.1.5	De ondergrens en bovengrens aan solidariteit	6
1.1.6	De afnemende organisatiegraad en het pensioen van de kleine zelfstandige	6
1.1.7	Alternatieven voor en binnen de Verplichtstelling	7
1.2	Onderzoeksbeschrijving en hoofdstukindeling.....	8
1.3	Afbakening onderzoeksbegrip ‘Verplichtstelling’	8
1.3.1	De CAO-binding: geen Verplichtstelling in juridische zin	9

2 Juridisch kader

2.1	De Verplichtstelling	13
2.2	De taakafbakening	13
2.2.1	Productafbakening en domeinafbakening	13
2.3	Ontwikkelingen	14
2.4	Markt- en overheidbepalingen	15
2.4.1	Recente wetswijziging	16
2.4.2	Ontwikkelingen.....	16

2.5	Conglomeraatvorming en nevenactiviteiten	16
2.5.1	Ontwikkelingen.....	17
2.6	Europees kader	17
2.6.1	De interne markt, de mededinging en het vrij verkeer	18
2.6.2	Wetgeving en handhaving.....	20
2.6.3	Ontwikkelingen.....	20

3 Het mededingingsrecht en het vrij verkeer

3.1	Historie Verplichtstelling.....	23
3.1.1	Historie Verplichtstelling bedrijfstakpensioenfondsen	23
3.1.1.1	De Wet AVV als (ontoereikend) voorbeeld	24
3.1.1.2	Doelstelling Wet Bpf 2000.....	25
3.1.1.3	Geadresseerden: werknemers en zelfstandigen	25
3.1.1.4	Keuze voor het bedrijfstakpensioenfonds als pensioenuitvoerder.....	26
3.1.1.5	Steun voor de Verplichtstelling vanuit de regering.....	26
3.1.2	Historie Verplichtstelling beroepspensioenfondsen	27
3.1.2.1	Het begrip ‘beroepsgenoot’	28
3.1.2.2	Doelstelling Verplichtstelling beroepspensioenregeling	28
3.1.2.3	Keuze voor Verplichtstelling beroepspensioenregeling	29
3.1.3	Tussenconclusie.....	30
3.2	Concurrentieverschil tussen pensioenfondsen en verzekeraars	32
3.2.1	Voorgeschiedenis taakafbakening.....	32
3.2.2	Verschillende uitgangsposities pensioenfondsen en pensioenverzekeraars.....	32
3.3	Het mededingingsrecht.....	34
3.3.1	Nationaal mededingingsrecht	34
3.3.2	Europees recht	34
3.3.3	Rechtspraak HvJEU	35
3.3.3.1	Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen.....	35
3.3.3.1.1	Relatieve immuniteit voor het kartelverbod.....	36
3.3.3.1.2	Kwalificatie onderneming.....	38

3.3.3.1.3	Toetsingskader onderneming & solidariteit.....	40
3.3.3.1.4	De algemeenbelangexceptie.....	43
3.3.3.2	Verplicht gestelde beroepspensioenregelingen.....	45
3.3.3.3	Toetsingskader algemeenbelangexceptie & solidariteit toegepast	47
3.3.3.3.1	Noodzakelijkheidstoets	50
3.3.3.3.2	Rechtspraak HvJEU: doorsnee-opbouw en doorsneepremie niet noodzakelijk ...	52
3.3.3.3.3	Minder ingrijpende alternatieven?	52
3.3.3.4	Geen onjuist gebruik vrijstellingsbevoegdheid: 'dubbele pettenproblematiek'	53
3.3.3.5	Uitbesteding	55
3.4	Vrij verkeer van dienstverlening en vestiging.....	55
3.4.1	Hierarchie tussen het VWEU en de IORP-Richtlijn	56
3.4.2	De IORP-Richtlijn	56
3.4.3	Rechtspraak Hoge Raad.....	57
3.4.4	Rechtspraak HvJEU	58
3.4.5	Afschaffen individuele pensioenmodules nodig?	59
3.5	Tussenconclusie	60

4 Solidariteit in collectieve pensioenregelingen

4.1	Inleiding.....	67
4.2	Sociale verzekeringen en aanvullende pensioenregelingen	68
4.2.1	Het solidariteitsbeginsel en rechtspraak van het HvJEU	69
4.2.1.1	Risico en premie	69
4.2.1.2	Premie en prestatie	70
4.2.1.3	Risico en uitkering	71
4.3	Verschijningsvormen van solidariteit in collectieve pensioenregelingen.....	71
4.3.1	Intergenerationele risicospreiding	72
4.3.1.1	DC-regelingen	72
4.3.2	Risicosolidariteit	73
4.3.3	Solidariteit tussen verschillende groepen	73
4.3.3.1	Solidariteit tussen werkgevers	74
4.3.3.2	Solidariteit tussen werknemers.....	75

4.3.3.3	Solidariteit tussen verschillende generaties	76
4.3.3.4	Solidariteit tussen mannen en vrouwen	76
4.3.3.5	Solidariteit tussen arbeidsgeschikten en arbeidsongeschikten	77
4.3.3.6	Solidariteit tussen laagopgeleiden en hoogopgeleiden	77
4.3.3.7	De mate van solidariteit binnen een pensioenregeling	77
4.4	Geen maximale solidariteit, marktmacht & marktfalen	77
4.4.1	Het voorkomen van marktfalen	79
4.5	Solidaire alternatieven binnen de doorsneesystematiek?	79
4.5.1	Trends: de toegenomen mobiliteit, vergrijzing en arbeidsparticipatie	81
4.5.1.1	Desolidarisering	82
4.5.2	De doorsneepremie en doorsnee-opbouw	83
4.5.3	Doorsneepremie noodzakelijk?	83
4.5.3.1	Berekening van het werknemersdeel van de doorsneepremie	84
4.5.3.1.1	Werknemersdeel doorsneepremie 1: percentage van de pensioengrondslag	84
4.5.3.1.2	Werknemersdeel doorsneepremie 2: een gelijke premiehoogte	85
4.5.3.2	Koppeling werknemerspremie laten mee stijgen met individueel loon	85
4.5.3.3	De betaalbaarheid van de doorsneepremie voor werkgevers	86
4.5.3.4	Gelijke beloning bij geslacht op grond van het EU-recht	87
4.5.3.4.1	Neath arrest en Coloroll arrest – premie en beloningsbegrip	87
4.5.3.4.2	Test-aankoop arrest – onderscheid in Richtlijn getoetst aan EU-Handvest	87
4.5.4	Progressieve premie wenselijk?	91
4.5.5	Doorsnee -opbouw noodzakelijk?	92
4.5.5.1	Nadelen doorsnee-opbouw	93
4.5.6	Degressieve opbouw wenselijk?	94
4.5.6.1	Voordelen degressieve opbouw	94
4.5.6.2	Nadelen degressieve opbouw	96
4.5.6.3	Degressieve opbouw mogelijk bij wet?	97
4.5.6.3.1	Aanpassing van de eis van tijdsevenredige opbouw	97
4.5.6.3.2	Het verbod van leeftijdsonderscheid	97
4.5.7	Voldoende objectieve rechtvaardiging op grond van artikel 7 WGBL?	100

4.5.9	Overgangsregelingen en gelijke behandeling	102
4.6	De (eindige) kracht van informatievoorziening	102
4.6.1	Effecten informatievoorziening op individuele pensioenkeuzes.....	104
4.6.2	Correcte informatieverschaffing: de 70%-norm of een veel lagere norm?.....	106
4.6.2.1	Het effect van communicatie over de hoogte van het te bereiken pensioen	107
4.7	De ondergrens en bovengrens aan solidariteit.....	108
4.8	Tussenconclusie	109

5 Recente ontwikkelingen en solidariteit

5.1	De dalende organisatiegraad	115
5.1.1	Binding aan collectieve pensioenregelingen.....	116
5.1.2	Het representativiteitsvereiste en de beoordeling.....	116
5.1.3	Oorzaken en consequenties dalende organisatiegraad.....	118
5.2	Het Pensioenakkoord.....	120
5.2.1	Het reële pensioencontract en de premieovereenkomst.....	121
5.2.1.1	Toetsing aan het EU-recht	122
5.2.2	Fiscale versobering en aftopping fiscale pensioenopbouw	124
5.2.2.1	Fiscale versobering pensioenopbouw.....	124
5.2.2.2	Toetsing aan het EU-recht	125
5.3	Het Septemberpakket.....	126
5.3.1	Aanpassing van de rentecurve.....	127
5.3.1.1	De UFR en de Solvency II Richtlijn.....	128
5.3.1.2	Effecten op kortingen en premie door invoering UFR.....	129
5.3.1.3	Generatie effecten	130
5.3.1.3.1	Onterechte bevoordeling of benadeling?.....	131
5.3.2	Adempauze voor de eis dat de premie moet bijdragen aan herstel	132
5.3.2.1	Effecten adempauze in 2013	133
5.3.2.1.1	Effecten op pensioenpremies	133
5.3.2.1.2	Generatie-effecten.....	134

5.3.3	Voorwaardelijke mogelijkheid tot maximeren en uitspreiden kortingen	134
5.3.3.1	Generatie-effecten maximering en spreiding kortingen	135
5.3.4	Aanvullende voorwaarden bij maatregelen 2 en 3.....	136
5.3.4.1	Anticipatie aanpassing Witteveenkader en generatie-effecten	136
5.3.4.2	Introductie pseudo-LAM en generatie-effecten	137
5.3.4.3	Introductie normdekkingsgraad 110%, aanpassing VEV en generatie-effecten	137
5.3.5	Effecten totale Septemberpakket op houdbaarheid Verplichtstelling	138
5.3.5.1	Effect totaalpakket op de intergenerationele solidariteit	138
5.3.5.2	Toetsing aan het EU-recht	140
5.4	Witboek Pensioenen	141
5.4.1	Inleiding.....	141
5.4.2	Aanleiding Groenboek en Witboek Pensioenen	142
5.4.3	Doelstelling pensioenstelsels	143
5.4.4	Doelstellingen bij het doorvoeren van pensioenhervormingen	143
5.4.5	Subsidiariteit en proportionaliteit	144
5.4.6	Herziening IORP-Richtlijn	145
5.4.6.1	Kanttekeningen bij de herziening van de IORP-Richtlijn	145
5.4.6.2	Toetsing aan het EU-recht	146
5.5	De groeiende groep zelfstandigen met onvoldoende pensioenvoorzieningen.....	147
5.5.1	Standpunt Minister inzake pensioen zelfstandigen	148
5.5.2	Mogelijkheden die de Wet Bpf 2000 biedt aan zelfstandigen.....	150
5.5.3	Doelstellingen wetgever	150
5.5.4	Voordelen verplichte deelneming zelfstandigen in bedrijfstakpensioenfonds	152
5.5.5	Vormgeving verplicht gestelde pensioenregeling voor zelfstandigen	152
5.6	Tussenconclusie	154
6	Alternatieven voor de Verplichtstelling	
6.1	Inleiding.....	159
6.2	Pensioenplicht.....	160

6.2.1	Uniforme pensioenregeling met keuze uitvoerder door werknemer en minimumpensioenregeling met keuze uitvoerder door werkgever	160
6.2.2	Pensioenplicht: minimumpercentage van het bruto salaris of de omzet (Deens model)	163
6.3	Afschaffing Verplichtstelling en uitbreiding AOW-aanspraken	164
6.4	Individuele pensioenspaarrekening	166
6.5	Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling, met ontkoppeling uitvoerder	166
6.5.1	Analoge toepassing WVB op bedrijfstakpensioenregelingen?	167
6.5.2	Geen keuze voor de uitvoerder voor de werkgever of werknemer.	168
6.5.3	Voordelen en nadelen verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling	169
6.5.3.1	Vermindering maar geen opheffing concurrentiebeperking	169
6.5.3.2	Verlies sector specifieke kennis.....	170
6.5.3.3	Stijgende kosten?	170
6.5.3.4	Nader onderzoek	171
6.6	Tussenconclusie	171

7 Conclusie

7.1	Probleemstelling	175
7.2	Hoofdstuk 3 – Het mededingingsrecht en het vrij verkeer.....	175
7.2.1	EU-mededingingsrecht	176
7.2.2	Vrij verkeer van diensten en vestiging	179
7.3	Hoofdstuk 4 – Solidariteit in collectieve pensioenregelingen	179
7.3.1	Aanpassing van de doorsneesystematiek	180
7.3.1.1	Werknemersdeel doorsneepremie - percentage van de pensioengrondslag.....	180
7.3.1.2	Degressieve opbouw	180
7.3.1.3	De dalende organisatiegraad.....	181
7.3.1.4	De ondergrens en bovengrens aan (intergenerationele) solidariteit.....	181
7.4	Hoofdstuk 5 – Solidariteit en recente ontwikkelingen	182
7.4.1	Verplicht gestelde aanvullende pensioenen voor kleine zelfstandigen	182
7.4.2	Het reële pensioencontract	183
7.5	Hoofdstuk 6 - Alternatieven voor de Verplichtstelling	183

7.5.1	Pensioenplicht	184
7.5.2	Afschaffing Verplichtstelling en uitbreiding AOW-aanspraken	185
7.5.3	De individuele pensioenspaarrekening	185
7.5.4	Een verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling, met ontkoppeling uitvoerder	185
7.6	Slotbeschouwingen	186

8 Bronvermelding

8.1	Literatuurlijst	189
8.2	Jurisprudentieregister	195
8.3	Parlementaire geschiedenis	196

Lijst met afkortingen

ABP:	Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds
ACM:	Autoriteit Consument & Markt
AFM:	Voormalige Autoriteit Financiële Markten
APPA:	Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers
AOW:	Algemene ouderdomswet
API:	Algemene Pensioeninstelling
AR:	Arbeidsrecht
ArA:	Arbeidsrechtelijke annotaties
Awb:	Algemene Wet Bestuursrecht
AWGB:	Algemene wet gelijke behandeling
Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000:	Toetsingskader Wet Bpf 2000
Besluit Pensioenwet: beroepspensioenregeling	Besluit Pensioenwet en Wet verplichte
BW:	Burgerlijk Wetboek
CAO:	Collectieve Arbeidsovereenkomst
CBB:	College van beroep voor het bedrijfsleven
CDC-regeling:	<i>Collectief Defined Benefit</i> regeling
CGB:	Voormalige Commissie Gelijke Behandeling
CRvB:	Centrale Raad van Beroep
CRVM:	Commissie voor de Rechten van de Mens
CSO:	Coördinatieorgaan Samenwerkende Ouderenorganisaties
DB-regeling:	<i>Defined benefit</i> pensioenregeling
DC-regeling:	<i>Defined contribution</i> pensioenregeling
DNB:	De Nederlandsche Bank
EC:	Europese Commissie
EG:	Europese Gemeenschap
EIOPA:	Europese Autoriteit voor Verzekeraars en Pensioenfondsen
EVO:	Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
EU:	Europese Unie
FKT:	Het Financiële Toetsingskader
FTK 2:	Het herziene Financiële Toetsingskader
FOR:	Fiscale oudedagsreserve
Groenboek:	Groenboek van de EC: 'Naar adequate, houdbare en zekere pensioenen' (juli 2010)
Hof:	Gerechtshof
HR:	Hoge Raad der Nederlanden
HvJEU:	Hof van Justitie van de Europese Unie
HvJEG:	Voormalig Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
IFRS:	International Financial Reporting Standards
IORP:	<i>Institution for Occupational Retirement Provision</i>
IORP-Richtlijn	Richtlijn 2003/41/EG betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening
IPW:	Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet
JAR:	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.:	Juncto (in verbinding met)
Ktr:	Kantonrechter
LJN:	Landelijk Jurisprudentienummer
LLP:	Laatste liquide punt
LSV:	Voormalige Landelijke Specialisten Vereniging
Minister:	Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
MvA:	Memorie van Antwoord

MvT:	Memorie van Toelichting
NJ:	Nederlandse jurisprudentie
NJB:	Nederlands Juristenblad
NMa:	Voormalige Nederlandse Mededingingsautoriteit
OK:	Ondernemingskamer gerechtshof Amsterdam
OR:	Ondernemingsraad
Pb EG:	Voormalige publicatieblad van de Europese Gemeenschap
Pb EU:	Publicatieblad van de Europese Unie
Pensioenakkoord:	Pensioenakkoord, gesloten door sociale partners in de STAR (juni 2010)
Pseudo-LAM:	Pseudo-levensverwachtingsaanpassingsmechanisme
Pub:	Pensioenuitvoeringsbedrijf
PW:	Pensioenwet
PJ:	Pensioen Jurisprudentie
P&P:	Pensioen en Praktijk
PM:	Pensioen Magazine
PPI:	Premiepensioeninstellingen
Prg.:	Praktijkgids
PSW:	Voormalige Pensioen- en Spaarfondsenwet
RAR:	Rechtspraak Arbeidsrecht
Raad:	Raad van de Europese Unie
Rb.:	Rechtbank
Referentiekader Conglomeraatvorming:	Referentiekader voor conglomeraatvorming bij pensioenfondsen
Regeling Pensioenwet:	Regeling Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioen-regeling
Regeling Wet Bpf 2000:	Regeling betreffende aanvragen op grond van de Wet Bpf 2000
RJ:	Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving
r.o.:	Rechtsoverweging
Septemberpakket:	Pakket van de regering met pensioenmaatregelen in: <i>Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129 (september 2011)</i>
SER:	Sociaal Economische Raad
SEW:	Tijdschrift voor Europees en economisch recht
SMA:	Sociaal maandblad Arbeid
Solvency II Richtlijn:	Richtlijn 2009/138/EG van het EP en de Raad van 25 november 2009 inzake de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf
SR:	Tijdschrift voor Sociaal Recht
Staatssecretaris:	Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
STAR:	Stichting van de Arbeid
Stb.:	Staatsblad
Stcrt.:	Staatscourant
StiPP:	Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten
SZW:	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAP:	Tijdschrift voor Arbeidsrechtpraktijk
Toetsingskader Wet Bpf 2000	Beleidsregels van de Minister van SZW bij het aanvragen, wijzigen of intrekken van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet Bpf 2000
Toetsingskader WVB:	Beleidsregels van de Minister van SZW inzake het aanvragen, wijzigen of intrekken van de Verplichtstelling op grond van de WVB
TPV:	Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken
UFR:	<i>Ultimate Forward Rate</i>
Uitvoeringsregeling NMa:	Uitvoeringsregeling NMa pensioenfondsen (mei 2009)
UWV:	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Verplicht gestelde pensioenfondsen:	Bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen waarin de deelneming verplicht is gesteld door de Minister
Verplichtstelling:	Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen op grond van een ministerieel Besluit
VEU:	Verdrag betreffende de Europese Unie
VEV:	Vereist eigen vermogen
Vrijstellingsbesluit:	Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000
VU:	<i>Vrije Universiteit Amsterdam</i>
VUT:	Vervroegde uittreding
VWEU:	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet AVV:	Wet op het algemeen verbindend of onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten uit 1937
Wet Bpf 2000	Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000
Wet IB 2001:	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet op het notarisambt:	Wet tot invoering van een leeftijdsgrens voor het notarisambt en oprichting van een notarieel pensioenfonds uit 1954
Witboek:	Witboek van de EC 'naar adequate, houdbare en zekere pensioenen' (februari 2012)
Wft:	Wet op het financieel toezicht
Wfsv:	Wet financiering sociale verzekeringen
WGBH CZ:	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte
WGBLA:	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, beroep en beroepsonderwijs
WGB m/v:	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen
WMK:	Wet op de medische keuringen
WOR:	Wet op de ondernemingsraden
WPA:	Wet privatisering ABP
WVB:	Wet verplichte beroepspensioenregeling
WW:	Werkloosheidswet
Zmp-er:	Zelfstandige met personeel
Zzp-er:	Zelfstandige zonder personeel



Hoofdstuk 1 Inleiding

1 Inleiding

De verplichte bedrijfstakpensioenfondsen en verplichte beroepspensioenregelingen vormen een belangrijk onderdeel van het Nederlands pensioenstelsel. De verplichte deelneming heeft bijgedragen aan de grote spreiding van het aanvullende pensioen onder werknemers. Deze geeft invulling aan een wezenlijke sociale doelstelling van de overheid bij de inrichting van het pensioenstelsel. De laatste tijd worden echter met enige regelmaat in de vakliteratuur en media vragen gesteld over de houdbaarheid van de verplichte deelneming. Dit onderzoek bespreekt de legitimiteit en houdbaarheid van de verplichtstelling bij bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen. Dat geschiedt vanuit civielrechtelijk perspectief, waaronder mede begrepen het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging.

Daar waar in dit onderzoek wordt gesproken over de verplichtstelling bij bedrijfstakpensioenfondsen, gaat het om de verplichte deelneming in het pensioenfonds. Bij beroepspensioenen ziet de Verplichtstelling daarentegen op de verplichte deelneming in de beroepspensioenregeling (zie §1.3). De verplichtstelling wordt in dit onderzoek bij bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen afzonderlijk, maar ook tezamen, aangeduid met de “**Verplichtstelling**”. De pensioenregelingen van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de verplicht gestelde beroepspensioenregelingen worden tezamen ook wel de “**verplicht gestelde pensioenregelingen**” genoemd.

Hoofdstuk 1 vangt aan met een bespreking van de aanleiding van deze onderzoeksrapportage (§1.1), de beschrijving van de onderzoeksvraag en de hoofdstukindeling (§1.2). Vervolgens wordt de onderzoeksvraag nader afgebakend (§1.3).

1.1 Aanleiding onderzoek

Het Nederlandse aanvullende pensioenstelsel, dat ook wel het tweede pijler pensioenstelsel heet, wordt internationaal geprezen.¹ Het grote aantal uitkeringsovereenkomsten, waarbij de hoogte van de pensioenuitkering wordt overeengekomen, de kapitaaldekking en het totale pensioenvermogen dat door de pensioenuitvoerders wordt beheerd, zorgen in zijn algemeenheid voor relatief zekere pensioenen, die een aanzienlijk deel vormen van de totale pensioenvermogens op de pensioengerechtigde leeftijd.

Ruim 90% van de Nederlandse beroepsbevolking neemt deel aan aanvullende pensioenregelingen.² Het merendeel van de werknemers is via het dienstverband met de werkgever verplicht deel te nemen in een pensioenregeling die wordt uitgevoerd door een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (circa 76% in 2010).³ De overige werknemers met een pensioenovereenkomst nemen deel in de pensioenregelingen die worden uitgevoerd door ondernemingspensioenfondsen (12% in 2010) en pensioenverzekeraars en premiepensioeninstellingen (“**PPI's**”) (12% in 2010).

¹ Zie o.a. De Laat, Van de Ven & Canoy 2000, p. 25; Kabinetsreactie Witboek Pensioen 24 april 2012, p. 3 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 112 (“**Standpuntennotitie Witboek Pensioenen**”), p. 2.

² Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 7; en het voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de werkzaamheden van instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen, COM (2000), nr. 507, p. 3. Ter vergelijking: in de Europese Unie nam in 2000 nog geen 25% van de actieve beroepsbevolking deel aan aanvullende pensioenregelingen.

³ Commissie Goudswaard 2010, p. 13.

Voorts moet worden bedacht dat ook zelfstandigen onder de reikwijdte van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kunnen worden gebracht (art. 3 lid 2 Wet Bpf 2000) en dat er groepen van zelfstandige beroepsgenoten en beroepsgenoten in loondienst zijn, waarvoor de Minister op verzoek de pensioenregeling voor de desbetreffende beroepsgroep verplicht heeft gesteld (art. 5 WVB).

1.1.1 Herevaluatie opzet pensioenstelsel

Het aanvullend pensioenstelsel in Nederland leidt voor de meeste werknemers tot een wezenlijke aanvulling op het eerstepijler pensioen en is daardoor een kostbaar goed. Het pensioenstelsel is echter ook als een goed huwelijk. Er is blijvend werk aan de winkel, stil zitten is er niet bij. De afgelopen jaren werd duidelijk dat de continuïteit van het Nederlandse aanvullende pensioenstelsel in de eigen opzet niet langer vanzelfsprekend was.⁴ Een herevaluatie en herziening van de opzet was in de eerste plaats nodig vanwege demografische ontwikkelingen. Gedacht moet worden aan de toenemende vergrijzing en levensverwachting en het lage geboortecijfer. Zo steeg het aantal gepensioneerden in 2011 voor het eerst tot boven de drie miljoen en was derhalve bijna een op de vijf Nederlanders in 2011 gepensioneerd.⁵ Daar staat tegenover dat sinds 2006 het aandeel gepensioneerden in de leeftijd van 55 tot 65 jaar is afgenomen en dat de gemiddelde pensioenleeftijd steeg van 61 jaar in 2006 naar 63 jaar in 2011. Deze stijging werd met name veroorzaakt door wettelijke fiscale maatregelen die vervroegd uittreden hebben ontmoedigd.

Een tweede relevante ontwikkeling die heeft geleid tot een herevaluatie van de opzet van het aanvullende pensioenstelsel is de eurocrisis. Deze zorgde in de tweede helft van 2011 voor fors dalende aandelenkoersen binnen de eurolanden en een laag nominaal renteniveau waartegen de pensioenfondsen hun verplichtingen waarden. Het resultaat was een forse verhoging van de pensioenvoorzieningen van pensioenfondsen en dalende dekkingsgraden.⁶ Veel Nederlandse pensioenfondsen verkeren hierdoor nog steeds in financieel-economisch opzicht in zwaar weer. 66 Pensioenfondsen hebben moeten korten op de pensioenen in april 2013.⁷ De kortingen raakten in totaal de pensioenen van ongeveer 2 miljoen actieven, 1,1 miljoen gepensioneerden en 2,5 miljoen slapers. De gedachten over een wenselijke opzet van het aanvullende pensioenstelsel en van de Verplichtstelling als onderdeel daarvan, zijn voorts beïnvloed door ontwikkelingen zoals de toegenomen flexibilisering van en mobilisering op de arbeidsmarkt, de toegenomen productiviteitsontwikkeling, individualisering en veranderende consumentenvoorkeuren. Staatssecretaris Klijnsma heeft recent een bredere maatschappelijke discussie aangekondigd over de maatschappelijke houdbaarheid van het pensioenstelsel.⁸

⁴ Zie de brief van de staatssecretaris van SZW aan de Tweede Kamer d.d. 13 november 2001 met alternatieven voor de Verplichtstelling bij: *Kamerstukken II* 2000/01, 26 537, nr. 4 ("**Brief Alternatieven Verplichtstelling**"). Zie ook de overwegingen van de Commissies Don; Bakker 2008; Frijns 2010 en Goudswaard 2010.

⁵ Nieuwsbericht CBS 2 juli 2012.

⁶ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 113, p. 3 en Jaarverslag Pensioenfederatie 2011, p. 5 en 6.

⁷ DNB nieuwsbrief 2013 (1) en DNB nieuwsbrief 2013 (2). Ultimo 2012 verwachtte DNB nog dat 103 pensioenfondsen zouden moeten korten op de pensioenen in april 2013. In februari 2013 gaf DNB aan dat dit cijfer was gedaald tot 68 pensioenen. Uiteindelijk hebben 66 fondsen daadwerkelijk gekort op de pensioenen per april 2013. Twee pensioenfondsen ontsprongen de dans, doordat de werkgever bijstortingen verrichtte.

⁸ *Kamerstukken II*, 2012/13, 31 311, nr. 29, p. 3.

1.1.2 Invloed vanuit Europese Unie

Bovenstaande ontwikkelingen zijn in meer of mindere mate ook zichtbaar in andere lidstaten binnen de Europese Unie (de “EU”). De Europese Commissie (de “EC”), die de totstandkoming van een Europese interne pensioenmarkt stimuleert, heeft op 16 februari 2012 in het Witboek Pensioenen voorgenomen initiatieven opgenomen die dienen bij te dragen aan adequate en houdbare nationale pensioenstelsels binnen de EU.⁹ Niet alle initiatieven worden met gejuich verwelkomd door de lidstaten. De Nederlandse regering heeft onder meer zorgen geuit aan de EC over de voorgenomen herziening van de IORP-Richtlijn en de aangekondigde richtlijn over de overdraagbaarheid van aanvullende pensioenen. Deze maatregelen kunnen volgens de Nederlandse regering in strijd komen met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit en daardoor dieper ingrijpen in de opzet van het nationale sociale stelsel voor aanvullende pensioenen dan gewenst (zie §5.4).¹⁰

Op de Europese ‘pensioenmarkt’ streeft de Nederlandse regering naar een versteviging van de concurrentiepositie van Nederlandse pensioenuitvoerders. Hierbij sluit de recente introductie van drie typen pensioenuitvoerders aan, die gefaseerd plaatsvindt in een drietrapsraket: het Multi-opf (2010)¹¹, de premiepensioeninstelling (“PPI”) (2011)¹² en de algemene pensioeninstelling (“API”) (toekomst). De PPI is een nieuw type pensioenuitvoerder en het multi-opf en de API zijn pensioenfondsen.¹³ De consultatie over de contouren van de API en de wetswijzigingen die nodig zijn voor de introductie van de API loopt nog. De PPI, Multi-opf – en in de toekomst de API – mogen pensioenvermogens van verschillende pensioenregelingen van elkaar afscheiden (‘ringfencing’).¹⁴ De mogelijkheden van de PPI zijn beperkt. Deze uitvoerder mag alleen premieregelingen in de opbouwfase uitvoeren, omdat het geen biometrische risico’s mag dekken.¹⁵ De API, die de vormgeving heeft van een pensioenfonds, mag straks alle typen arbeidsgerelateerde pensioenregelingen uitvoeren die in het binnen- of buitenland worden aangeboden¹⁶ en zal het Multi-opf in zijn huidige vorm vervangen. De regering hoopt op internationaal concurrerende en grensoverschrijdende pensioenvehikels, die gebruik maken van de in de IORP-Richtlijn¹⁷ geboden ruimte. Vooral nog lijkt de PPI echter in hoofdzaak te concurreren met andere Nederlandse pensioenuitvoerders en niet zozeer met buitenlandse

⁹ EC Witboek Pensioenen 2012 en EC Groenboek Pensioenen 2010. In het Groenboek, een consultatiedocument dat voorafging aan het Witboek, is aan belanghebbenden de mogelijkheid geboden om voor 15 november 2010 te reageren op de daarin geformuleerde vragen over het te volgen pensioenbeleid binnen de EU. Van die mogelijkheid is gebruik gemaakt door de Nederlandse regering.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 112. De EC neemt volgens de Nederlandse regering het subsidiariteitsbeginsel niet in acht en schaaft daarmee (de robuustheid van) het nationale pensioenstelsel.

¹¹ *Stb.* 2010, 204. Wet van 17 mei 2010 tot wijzigingen van de Pensioenwet in verband met het uitbreiden van de werkingssfeer voor ondernemingspensioenfondsen.

¹² *Stb.* 2010, 888. Besluit van 23 december 2010, dat de introductie van de PPI mogelijk heeft gemaakt door aanpassing van de Wft, Pensioenwet, WVB en lagere regelgeving.

¹³ Zie bijlage bij: *Kamerstukken II* 2012/12, 32 043, nr. 150, ‘Consultatiedocument Algemene Pensioeninstelling (API)’ d.d. 28 februari 2013, p. 2 en 3.

¹⁴ Het ringfencen van pensioenvermogens voorkomt dat de financiële risico’s die voortkomen uit de ene pensioenregeling, van invloed zijn op het pensioenvermogen van een andere pensioenregeling, ingeval beide regelingen worden beheerd door dezelfde pensioenuitvoerder.

¹⁵ *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 891, nr. 3 (MvT). Zie ook E. Lütjens, ‘De Premiepensioeninstelling’, *TPV* 2008/3; en H. Van Meerten, ‘De premiepensioeninstelling: van, maar ook op vele markten thuis?’, *NTER* 2009/12.

¹⁶ Zie de definitie van API in de bijlage bij: *Kamerstukken II* 2012/12, 32 043, nr. 150, p. 1: “een pensioenfonds dat alle typen arbeidsgerelateerde pensioenregelingen kan uitvoeren die in binnen- of buitenland worden aangeboden, en dat flexibel is ten aanzien van het aantal beheerde pensioenregelingen, de eventuele solidariteit tussen de deelnemers en de inrichting van bestuur en (mede-)zeggenschap”.

¹⁷ Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (“IORP-Richtlijn”).

pensioeninstellingen. De verwachting en hoop van de Nederlandse regering is dat de API op de internationale pensioenmarkt aantrekkingskracht zal hebben voor multinationalen.¹⁸ Het Multi-opf, de PPI en de API kunnen op grond van de huidige wetgeving niet verzoeken om Verplichtstelling op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (de “Wet Bpf 2000”).¹⁹

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJEU”) verricht de hoogste rechterlijke toets terzake van de verenigbaarheid van de Verplichtstelling met vrije markt bepalingen, het mededingingsrecht en bepalingen inzake het vrij verkeer. Meer dan tien jaar geleden oordeelde het HvJEU dat de Verplichtstelling bij de bedrijfstakpensioenfonds en het beroepspensioenfonds in kwestie concurrentiebeperking ten gevolge had op grond van de EU-regels inzake het mededingingsrecht (toen nog: EG).²⁰ Deze concurrentiebeperking achtte het Hof echter gerechtvaardigd, vanwege de bijzondere sociale taak die de Nederlandse regering heeft opgedragen aan de pensioenuitvoerders, belast met de Verplichtstelling. In dat verband werd mede waarde gehecht aan het solidaire karakter van de pensioenregelingen in kwestie.²¹ Het is opvallend, dat in de vakliteratuur en media bij een afnemende mate van solidariteit binnen een pensioenregeling, vaak wordt gewaarschuwd voor het bestaansrecht van de Verplichtstelling, onder de enkele verwijzing naar de arresten van het HvJEU uit de vorige eeuw. De vraag of het aannemelijk is dat de (invulling van de) Verplichtstelling op grond van de rechtspraak van het HvJEU thans nog steeds leidt tot verenigbaarheid met het EU-mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging, wordt beantwoord in hoofdstuk 3, op grond van een aan de hand van de rechtspraak ontwikkelde toets. Deze vraag wordt in hoofdstuk 4 nogmaals beantwoord met het oog op een aantal (toekomstige) ontwikkelingen.

1.1.3 Recente nationale maatregelen, gericht op toekomstbestendig pensioenstelsel

Recente nationale maatregelen die gericht zijn op een toekomstbestendige opzet van het tweede pijler pensioenstelsel en het (op de korte termijn) voorkomen van de verlaging van de koopkracht van pensioengerechtigden, zijn opgenomen in het Pensioenakkoord (2011) en het Lenteakkoord, Septemberpakket, Herfstakkoord en Regeerakkoord (2012) en het Sociaal Akkoord (2013).²² De conclusies van de commissies Frijs en Goudswaard uit 2010 over het uitvoeringsmodel van het aanvullende pensioenstelsel, zijn richtinggevend geweest voor een aantal van deze maatregelen.²³ Zij wezen erop dat de verwachting bij de pensioendeelnemers van een zeker pensioen niet spoort

¹⁸ Het heeft voordelen om verschillende pensioenregelingen te consolideren in één (API-)pensioenfonds. Dit levert schaalvergroting op door een gezamenlijke uitvoering en vermindering van bestuurlijke lasten. Zie de brief van de Staatssecretaris van SZW en de Minister van Financiën d.d. 14 december 2012, met antwoorden op vragen over de API (kenmerk: AV/PB/2012/16691); en *Kamerstukken II* 2012/12, 32 043, nr. 150.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2012/12, 32 043, nr. 150, ‘Consultatiedocument Algemene Pensioeninstelling (API)’ d.d. 28 februari 2013, p. 2 en 3.

²⁰ Zie voor de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds HvJEU, zaak C-67/96, Jurispr. 1999, p. I-5751 (‘Albany International’), zaken C-115/97 t/m 117/97 Jurispr. 1999, p. I-6025 (‘Brentjens’) en zaak C-219/97, Jurispr. 1999, p. I-5121 (‘Maatschappij Drijvende Bokken’); en voor de verplicht gestelde pensioenregelingen het Pavlov arrest (C-180/98 t/m C-184/98, Jurispr. P. I-6451). Lutzens stond de verschillende bedrijfstakpensioenfonds bij in de nationale procedures en procedures voor het HvJEU.

²¹ Zie noot 18.

²² *Kamerstukken II* 2010/11, 30 413, 157 en Uitwerkingsmemorandum Stichting van de Arbeid, publicatienummer 1/11 (het “Pensioenakkoord”); *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 129 (het “Septemberpakket”). Het Lenteakkoord d.d. 25 mei 2012 introduceert een overgangsregeling voor de gefaseerde ophoging van de AOW-leeftijd. Het Herfstakkoord, dat dateert van 1 oktober 2012, versnelt deze ophoging. Het Sociaal Akkoord is op 11 april 2013 overeengekomen en wordt thans op onderdelen nog verder uitgewerkt.

²³ Commissie Frijs 2010 en Commissie Goudswaard 2010, p. 13. De Commissies concludeerden onder meer dat de verwachting bij de pensioendeelnemers van een zeker pensioen niet spoort met de realiteit en dat een nieuw evenwicht nodig is tussen ambitie, zekerheid en kosten.

met de realiteit, en dat een nieuw evenwicht nodig is tussen ambitie, zekerheid en kosten. De introductie van het reële pensioencontract in het Pensioenakkoord, waarbij geen sprake is van nominale onvoorwaardelijke rechten, maar van zachte voorwaardelijke rechten die mee-ademen met de stijging van de levensverwachting en de behaalde rendementen, sluit bij bovenstaande overwegingen van de commissies Frijns en Goudswaard aan.²⁴ Het reële pensioencontract voldoet niet volledig aan de huidige criteria van de uitkeringsovereenkomst en neigt op grond van de huidige definities in de pensioenovereenkomst naar een premieovereenkomst²⁵; maar ook dat wringt. De verwachting is vooralsnog dat het reële pensioencontract om die reden een eigen karakter krijgt toegedicht in de Pensioenwet, of dat de eisen die aan een uitkeringsovereenkomst worden gesteld in de wet worden versoepeld (zie §5). Een relevante vraag is in dat verband of overeenkomsten, die minder solidair zijn dan de uitkeringsovereenkomst, afbreuk kunnen doen aan de houdbaarheid van de Verplichtstelling.

Andere in het oog springende maatregelen in de verschillende genoemde akkoorden zijn onder meer de gefaseerde ophoging van de pensioengerechtigde leeftijd naar ten minste 67 jaar in 2021, het herziene Financieel Toetsingskader (het “FTK 2”) – waarvan de inwerkingtreding is uitgesteld tot ten minste 2015²⁶ – de in het Regeerakkoord aangekondigde aanpassingen van het Witteveenakader²⁷, die resulteren in een verlaging van de jaarlijkse pensioenopbouw en de aftopping van fiscaal voordeel van pensioenpensioenpremies boven een salarisniveau van een ton.

1.1.4 Politiek, draagvlak en vertrouwen

De Nederlandse regering heeft er zelf nooit twijfel over laten bestaan dat zij de Verplichtstelling wenst te behouden. Bij de evaluatie en herziening van (de opzet van) het aanvullende pensioenstelsel heeft zij meerdere keren aangegeven dat de Verplichtstelling niet ter discussie mag worden gesteld.²⁸ De regering acht de Verplichtstelling, met als bouwstenen collectiviteit en solidariteit, van wezenlijk belang voor het aanvullend pensioenstelsel. Met de Verplichtstelling streeft de regering doelstellingen van sociale en financieel-economische aard na. De collectiviteit en solidariteit kunnen volgens de Minister in ieder geval worden gewaarborgd, doordat aan een verplicht gesteld fonds de eis van een doorsneepremie en de eis van één financieel geheel zijn op te leggen.

Voor het behoud van de Verplichtstelling is vertrouwen en draagvlak van belang. De wijze waarop wordt gecommuniceerd over het belang van pensioenen en meer specifiek de Verplichtstelling, is in dat verband zeer relevant. Communicatie dient zo te worden vormgegeven dat deze mede in positieve zin stuurt op het gedrag van de geadresseerde (§4.8). Het is belangrijk om ontwikkelingen in de samenleving goed te blijven monitoren en kritisch te luisteren naar de verschillende geluiden uit de maatschappij. De samenleving van nu is immers de samenleving van weleer niet meer. Kritiek die de afgelopen jaren steeds duidelijker hoorbaar wordt, is dat jongere

²⁴ Lutjens 2011, p. 7; zie ook Heemskerk 2005, p. 104-106.

²⁵ Zie Lutjens en Heemskerk 2012.

²⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 113.

²⁷ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 410, motie nr. 41. Het lid Haersma Buma heeft inmiddels bij motie nr. 41 de regering verzocht, naar aanleiding van de versobering van de pensioenopbouw onder het Witteveenakader, het CPB opdracht te geven voor 1 april 2013 een studie te doen naar onder meer de transfers tussen generaties in het pensioenstelsel en naar de netto pensioenen die jongeren kunnen opbouwen in vergelijking met de pensioenen van de huidige gepensioneerden en de huidige vijftigers.

²⁸ Zie de brief van 29 mei 2007 (PB/2007/19021), aan de Tweede Kamer; *Kamerstukken II* 2008/09, 32 043, nr. 1, p. 1 en 2. Zie voorts de brief van 29 mei 2007 (PB/2007/19021) aan de Tweede Kamer, in het kader van het onderzoek naar eventuele aanpassingen van het uitvoeringsmodel pensioenregelingen die leidde tot het wetsvoorstel API. Zie ook Commissie Goudswaard 2010, p. 1, waarvoor de Minister opdracht gaf niet de Verplichtstelling en daarmee samenhangende solidariteitskenmerken ter discussie te stellen.

generaties menen dat zij door de (intergenerationele) solidariteit binnen verplicht gestelde pensioenregelingen meer toeleggen op de pensioenen van oudere generaties, dan zij zelf later zullen ontvangen. Zij hebben angst om op later leeftijd het kind van de rekening worden. Factoren als de toegenomen mobiliteit op de arbeidsmarkt en de overstap van loondienst naar zelfstandig ondernemerschap op middelbare leeftijd resulteren er steeds vaker in dat jongeren slechts enkele jaren deelnemen in een verplicht gesteld fonds. Jongeren vinden het niet altijd redelijk dat zij in grote mate bijdragen aan de pensioenen van gepensioneerden, die hun hele leven in dezelfde bedrijfstak werkzaam zijn geweest, terwijl zij zelf een dergelijk profijt mogelijk niet in die mate zullen hebben (zie §4.3). Door de huidige negatieve schokken op de markt dragen jongeren bovendien middels de premiebetaling direct bij aan pensioenen van oudere generaties, terwijl zij zelf er zelf niet altijd op vertrouwen dat zij dezelfde bijdragen zelf nog zullen ontvangen op hogere leeftijd van de toekomstige jongere generaties. Deze verwachting wordt gevoed door de toenemende vergrijzing, de toegenomen levensverwachting, de (fiscale) versoering en aftopping van pensioenen en de discussie over wijziging van nominale pensioencontracten in reële, voorwaardelijke pensioencontracten. In hoofdstuk 4 wordt besproken of er aanpassingen binnen de systematiek van de Verplichtstelling denkbaar zijn, die beter recht doen aan de verander(en)de tijden. Bovenstaande discussie spitst zich thans vooral toe op de solidariteit tussen generaties. Dat is niet de enige binnen de Verplichtstelling aanwezige vorm van solidariteit. Er is ook sprake van risicosolidariteit tussen andere groepen, zoals de groep mannen en vrouwen en de groep arbeidsongeschikte en arbeidsgeschikte werknemers.

1.1.5 De ondergrens en bovengrens aan solidariteit

Transparantie in de keuze van de Nederlandse regeling voor het behoud van de Verplichtstelling, of het invoeren van een alternatief, is nu en in de toekomst geboden om vertrouwen en draagvlak in het pensioenstelsel te kunnen creëren. Daar is op dit moment onvoldoende sprake van. Het is onduidelijk of de Verplichtstelling behouden blijft. In dat verband vragen jongeren zich voorts af, of zij zelf later nog zullen profiteren van de intergenerationele solidariteit binnen verplicht gestelde regelingen. In discussies over de (on)aanvaardbare mate van intergenerationele solidariteit tussen verschillende generaties lijkt bij jongeren de rek eruit te raken. Dat is op zich niet vreemd. De nadruk ligt in deze discussies erg eenzijdig op deze verschijningsvorm van solidariteit. Voorts benadrukt de regering steeds in discussies over maatregelen die van invloed zijn op intergenerationele solidariteit dat inkomensoverdrachten van jong naar oud inherent zijn aan het systeem, zonder grenzen te stellen aan deze inkomensoverdrachten. Informatie over het doel van de verplichtstelling en het in kaart brengen van de verschillende stromen inkomensoverdrachten op het niveau van aangesloten werkgevers (of beroepsgenoten) bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en op het niveau van (gewezen) deelnemers en gepensioneerden is geboden. De discussies over solidariteit dienen naar mijn mening in de toekomst minder gevoelsmatig en meer objectief te worden gevoerd. In paragraaf 4.9 wordt besproken of er handvatten kunnen worden geboden voor het stellen van een ondergrens en bovengrens aan een aanvaardbare mate van solidariteit.

1.1.6 De afnemende organisatiegraad en het pensioen van de kleine zelfstandige

Het is aan de voldoende representatieve sociale partners of beroepsverenigingen om de inhoud van pensioenregelingen overeen te komen, en daarmee ook (deels) de mate van solidariteit. Sociale partners en beroepspensioenverenigingen die de meerderheid in de bedrijfstak of beroepsgroep vertegenwoordigen, verzoeken om Verplichtstelling. De organisatiegraad, die vooral onder jongere generaties afneemt, vormt daarbij een uitdaging (zie §5.1). Het is aan sociale partners om te bepalen of (een deel van) de achterban er (voldoende) belang bij heeft om de Verplichtstelling aan te vragen bij de Minister en zo ja, welke inhoud van de pensioenregeling recht doet aan de belangen van de achterban. De Verplichtstelling voor de (hele) bedrijfstak (of beroepsgroep) zal in de toekomst wellicht meer onderbouwing vergen. Dit wil overigens nog niet

zeggen dat de huidige dekking die wordt bereikt door de Verplichtstelling zal afnemen. De arbeidsmarkt en de belangen van werknemers worden complexer, onder meer door de toenemende mobiliteit van werknemers op de arbeidsmarkt en de kortere deelnameperioden in hetzelfde verplicht gestelde fonds. Een specifieke groep belanghebbenden wordt door sociale partners maar zelden onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds gebracht: het betreft de groeiende groep (kleine) zelfstandigen, waarvan de zelfstandige zonder personeel (“**zzp-ers**”) en de “schijn-zzp’er” de bekendste voorbeelden zijn. De pensioensituatie van een groot aantal (kleine) zelfstandigen is zorgwekkend. Een kwart van de zzp-ers bouwt bijvoorbeeld geen pensioen op of minder dan 50% van het huidige bruto jaarinkomen.²⁹ Een armoedeval op de pensioengerechtigde leeftijd ligt daardoor voor een groeiende groep zelfstandigen in het verschiet. De Minister heeft recentelijk een aantal oplossingen onderzocht voor het verbeteren van de pensioenen van zelfstandigen. Of de tweede pijler ingevolge de Minister oplossingen kan bieden, zal nog nader worden onderzocht. In paragraaf 5.5 wordt besproken op welke wijze de Verplichtstelling zou kunnen bijdragen aan betere pensioenen voor (kleine) zelfstandigen, het verhogen van de organisatiegraad en het draagvlak voor de Verplichtstelling.

1.1.7 Alternatieven voor en binnen de Verplichtstelling

Staatssecretaris Klijnsma heeft aangekondigd dat zij de komende tijd een bredere maatschappelijk discussie zal voeren over de houdbaarheid van het pensioenstelsel.³⁰ Een onderdeel van deze discussie is naar verwachting een onderzoek naar de houdbaarheid en vormgeving van de Verplichtstelling en eventuele alternatieven voor de Verplichtstelling. Een aantal alternatieven voor de Verplichtstelling komt in de media steeds vaker aan de orde (zie H5).³¹ Een radicaal alternatief voor de Verplichtstelling is de afschaffing ervan en de invoering van een algemene pensioenplicht.

Het is van belang dat de discussie over de voor- en nadelen van alternatieven voor de Verplichtstelling vanuit juridisch gezichtspunt correct wordt gevoerd. Voorkomen moet worden dat een (juridisch) broodje aap, ten onrechte zorgt voor positief of negatief sentiment jegens de Verplichtstelling. Een goede discussie over mogelijke alternatieven binnen of voor de Verplichtstelling, kan daarentegen zorgen voor een versteviging van het aanvullende pensioenstelsel, doordat aansluiting wordt gevonden bij de ontwikkelingen en belangen van de huidige maatschappij. De instandhouding van de verplicht gestelde fondsen is echter, zoals gezegd, in geen geval mogelijk zonder voldoende draagvlak in de maatschappij.³² Vertrouwen in het systeem kan onder belanghebbenden onder meer worden bevorderd door begrijpelijke en transparante communicatie, die het gedrag van individuen positief beïnvloedt.

²⁹ *Kamerstukken II 2012/13, 31 311, nr. 97.*

³⁰ *Kamerstukken II 2012/13, 31 311, nr. 29, p. 3.* Tijdens de ‘pitch’ van het pensioenlab op 13 februari 2013 in het congrescentrum van Achmea, tijdens welke pitch ik zelf heb gesproken over de ideeën van de jongeren in de werkgroep solidariteit, heeft de staatssecretaris toegezegd ook met jongeren in gesprek te gaan.

³¹ *Kamerstukken II 2000/01, 26 537, nr. 4, p. 2.* Het *Zwitserse pensioenmodel* gaat uit van een wettelijke pensioenplicht, waarbij alle werkgevers worden verplicht om een collectieve pensioenregeling te treffen die aansluit bij een wettelijk voorgeschreven minimumniveau en alle werknemers verplicht zijn aangesloten bij de pensioenregeling van de werkgever. Het *Chileense pensioenmodel* gaat ook uit van een wettelijke pensioenplicht, waarbij deelname aan een uniforme pensioenregeling is voorgeschreven. Werkgevers moeten in dat model verplicht bijdragen en werknemers mogen de pensioenuitvoerder mogen kiezen.

³² Commissie Goudswaard 2010, p. 34 en 35. In het rapport van de Commissie Goudswaard werd al benoemd dat het vertrouwen van deelnemers in een pensioenfonds – en daarmee in het pensioenstelsel – onder druk is komen te staan. Een van de oorzaken is het gat tussen perceptie en verwachtingen ten aanzien van de hoogte van de te verwachten pensioenuitkering; zie ook AFM 2010.

Het vertrouwen kan voorts groeien indien pensioenonderwerpen consistent worden benaderd (zie §4.6), de politiek duidelijke lange termijn keuzes maakt ter zake van de vormgeving van het pensioenstelsel, de wettelijke (fiscale) kaders die de hoogte van pensioenen mede bepalen en het bespreekbaar maken van het doel en de werking van solidariteit. Uit het voorgaande volgt dat er reden is om te onderzoeken of het systeem van de Verplichtstelling van deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen houdbaar is in de huidige opzet.

1.2 Onderzoeksbeschrijving en hoofdstukindeling

Dit onderzoek geeft een juridische beschouwing over en analyse van de houdbaarheid van de Verplichtstelling tot deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen (hierna ook: de “**verplicht gestelde pensioenfondsen**”), vanuit civielrechtelijke optiek.

Het onderzoek heeft niet ten doel de onderzoeksvraag uitputtend te bespreken, gezien de lengte van de onderzoeksperiode. Het doel is een bijdrage te kunnen leveren aan het maatschappelijke debat over de (on)zin van solidariteit binnen collectieve pensioenregelingen en de (on)houdbaarheid van de Verplichtstelling. Het in juridisch perspectief plaatsen van argumenten die de afgelopen periode in de media zijn geuit over de houdbaarheid van (de huidige opzet van) de Verplichtstelling, vormt hiervan onderdeel.

Nadat in hoofdstuk 2 het wettelijk kader in kaart is gebracht, wordt getoetst of de Verplichtstelling verenigbaar is met het huidige wettelijke kader en de nationale rechtspraak en rechtspraak van het HvJEU inzake de verenigbaarheid van de Verplichtstelling met het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging. In hoofdstuk 4 komt aan de orde welke verschijningsvormen van solidariteit er zijn en of een aanpassing van de solidariteit binnen de doorsneesystematiek is geboden. Ervolgens wordt beoordeeld of een aantal recente en relevante ontwikkelingen eventueel gevolg kunnen hebben voor de houdbaarheid van de Verplichtstelling (zie H4), waarna een oordeel wordt gegeven over een aantal voor de Verplichtstelling aangedragen alternatieven (zie H5). Afgesloten wordt met de conclusie en aanbevelingen (zie H6). Onderstaand wordt allereerst het onderzoeksbegrip ‘Verplichtstelling’ afgebakend (zie §1.3).

1.3 Afbakening onderzoeksbegrip ‘Verplichtstelling’

De Verplichtstelling in dit onderzoek betreft de bij wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling. Het gaat derhalve om aanvullend, tweede pijler pensioenen. Van een ‘Verplichtstelling’ in de zin van dit onderzoek is ten eerste sprake wanneer de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (de “**Minister**”) op verzoek van voldoende representatieve organisaties van werkgevers en werknemers besluit de deelneming in een specifiek bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen voor de bedrijfstak of een of meerdere groepen van personen binnen de bedrijfstak (art. 2 lid 1 Wet Bpf 2000). De deelneming in een pensioenregeling kan zowel voor werknemers als zelfstandigen, al dan niet in loondienst, worden verplicht gesteld.

Voorts is sprake van een ‘Verplichtstelling’ indien de Minister besluit om deelneming in een beroepspensioenregeling verplicht te stellen voor een of meer groepen van beroepsgenoten. Hiertoe kan de Minister besluiten op aanvraag van een beroepspensioenvereniging, nadat hij heeft vastgesteld dat de specifieke beroepspensioenvereniging een belangrijke meerderheid van beroepsgenoten binnen de beroepsgroep vertegenwoordigt (art. 5 WVB).

De Verplichtstelling kan betrekking hebben op zelfstandige beroepsgenoten, maar ook op beroepsgenoten in loondienst (art. 5 lid 3 WVB). Een beroepspensioenregeling moet volgens de WVB in overwegende mate bestemd zijn voor zelfstandig werkende beroepsgenoten (art. 20 lid 1 WVB). Onder het begrip ‘Verplichtstelling’ vallen voorts de volgende restcategorieën:

(a) de verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds Stichting Pensioenfonds ABP voor overheidswerknemers, waarop De Wet privatisering ABP (de “WPA”) en (deels) de Pensioenwet en de Wet Bpf 2000 van toepassing zijn (zie artt. 4 en 21 WPA); (b) de verplichte deelneming voor notarissen en kandidaat-notarissen in de Stichting Notarieel Pensioenfonds, waarop de Wet op het notarisambt en (deels) de WVB van toepassing zijn (zie artt. 113a en 113c WNA); en (c) de pensioenen voor politieke ambtsdragers, die zijn gebaseerd op de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (de “APPA”). De APPA kent een geheel eigen opzet en de Verplichtstelling op grond van deze wet blijft daarom buiten beschouwing in dit onderzoek.

Het besluit van de Minister om deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling verplicht te stellen is materiële wetgeving en wordt gepubliceerd in de Staatscourant.³³ Het gevolg van een dergelijk ministerieel besluit is dat een ieder, die werkzaam is in de specifieke bedrijfstak of beroepsgroep en onder de werkingssfeer van de Verplichtstelling valt, van rechtswege moet deelnemen in het fonds of de regeling.³⁴ Ingeval de uitvoerder een pensioenfonds is, heeft het Verplichtstellingsbesluit ook ten gevolge dat de statuten en reglementen van het fonds moeten worden nageleefd (art. 4 Wet Bpf 2000 en art. 7, lid 3 en 4 WVB). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat een Verplichtstelling ook geldt voor ongeorganiseerde werkgevers en de werknemers en zelfstandigen die werkzaamheden voor deze werkgevers verrichten, voor zover zij onder de werkingssfeer van de Verplichtstelling vallen. Dat is slechts anders indien groepen van werkgevers of werknemers zijn uitgezonderd van de reikwijdtebepaling van de Verplichtstelling, of indien de werkgever een deelnamevrijstelling heeft verkregen.

Een gevolg van de Verplichtstelling is, dat een werkgever en werknemer geen pensioenovereenkomst in de zin van de Pensioenwet hoeven te sluiten om de deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds te bewerkstelligen. De rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer ingeval sprake is van een Verplichtstelling, is in de Pensioenwet gelijkgeschakeld met een pensioenovereenkomst (art. 12 lid 2 sub a en b PW).

1.3.1 De CAO-binding: geen Verplichtstelling in juridische zin

Van een ‘Verplichtstelling’ in de zin van dit onderzoek is geen sprake indien een werkgever en een werknemer op zuiver contractuele basis overeenkomen dat de werknemer zich bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst verplicht tot deelname aan de pensioenregeling van de werkgever, of indien de deelname aan een pensioenregeling (alleen) bij CAO is voorgeschreven.

In de literatuur wordt de deelname in een pensioenregeling op grond van een CAO, waaraan werkgevers en/of hun werknemers contractueel zijn gebonden via een lidmaatschap van een van de contracterende partijen bij de CAO en/of op grond van een afspraak tussen de werkgever en zijn werknemers, nog wel eens de ‘kleine’ Verplichtstelling genoemd.

³³ Het Verplichtstellingsbesluit is recht in de zin van artikel 99 Wet RO (zie HR, 16 oktober 1987, *NJ* 1988/117; HR, 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 94 en HR, 24 november 2006, *NJ* 2006/644).

³⁴ Zie o.a. Lutjens 1997 over de wetsgeschiedenis van de Wet Bpf 2000 en Van der Poel 2012 inzake recente rechtspraak over geschillen tussen verplicht gestelde fondsen en werkgevers over de reikwijdte van de werkingssfeer van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen.

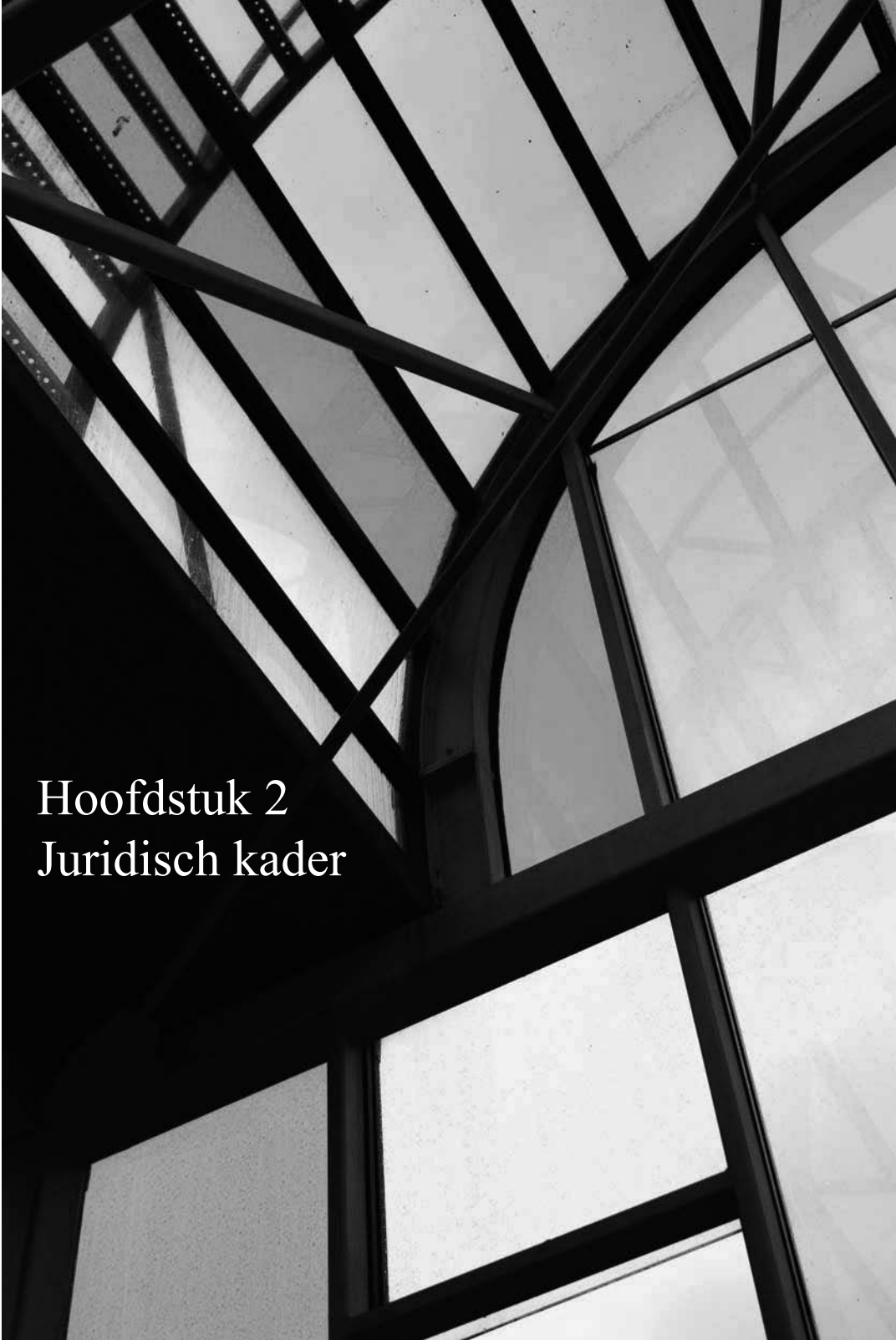
De Verplichtstelling door de Minister tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds wordt dan de ‘grote’ Verplichtstelling genoemd.³⁵ Deze Verplichtstelling vormt het onderwerp van mijn onderzoek.

Opgemerkt zij dat de terminologie ‘kleine’ Verplichtstelling in feite juridisch onzuiver is. Het gaat bij een CAO immers niet om een bij wet opgelegde Verplichtstelling, zoals bij de Verplichtstelling. De pensioenbepalingen in een CAO worden op grond van contractuele binding nageleefd en derhalve is sprake van een andere grondslag voor binding. Desgewenst zou de CAO-binding als contractuele Verplichtstelling aangeduid kunnen worden.

Dat contractuele binding aan CAO-pensioenbepaling ‘verplicht’ kan worden opgelegd, maakt bovenstaande conclusie niet anders. Ik licht dit als volgt toe. De contractuele binding tot naleving van CAO-bepalingen ontstaat doordat een werkgever in vrijheid heeft besloten lid te worden van een van de contractsluitende partijen bij de CAO. De werkgever is vervolgens gehouden jegens al zijn werknemers de CAO-bepalingen na te leven (zie artt. 9, 12 en 14 Wet op de CAO), waaronder bepalingen betreffende deelneming in een pensioenregeling bij een pensioenuitvoerder. De contractvrijheid ligt in een dergelijk geval bij de werkgever en niet bij de (ongebonden) werknemer, die de door of middels de werkgever opgelegde deelname in een pensioenregeling net zo ‘verplicht’ kan ervaren als een ‘Verplichtstelling’ door de Minister. De grondslag voor binding blijft echter ook in een dergelijk geval een contractuele en houdt in beginsel pas op te bestaan wanneer de werkgever zijn lidmaatschap opzegt en de looptijd van de CAO is verstreken. Ook als in een algemeen verbindend verklaarde CAO de aangewezen pensioenuitvoerder een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds is, is de grondslag voor de deelname niet de CAO, maar het Verplichtstellingsbesluit van de Minister. Pensioenbepalingen in CAO’s komen op grond van het Toetsingskader AVV immers niet in aanmerking voor algemeen verbindend verklaring door de Minister (zie art. 4.3 lid 4 Toetsingskader avv).

* * * *

³⁵ Voor een bespreking van de toekomst van het CAO-recht zij verwezen naar Jaspers & Baltussen 2011.



Hoofdstuk 2

Juridisch kader

2 Juridisch kader

In dit hoofdstuk wordt het wettelijk kader behandeld, dat relevant is voor de beantwoording van de onderzoeksvraag. Per onderwerp wordt kort aangestipt welke ontwikkelingen (mogelijk) effect hebben of kunnen hebben op de houdbaarheid van de Verplichtstelling.

2.1 De Verplichtstelling

Het nationale wettelijke kader voor de ‘Verplichtstelling’ is reeds aan de orde gekomen in paragraaf 1.2. Voor de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen wordt dit kader in hoofdzaak gevormd door de bepalingen in de Wet Bpf 2000 en aanverwante wet- en regelgeving, waaronder het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (het “**Vrijstellingsbesluit**”). Voorts zijn onder meer bepalingen in de Pensioenwet, de Regeling Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (de “**Regeling Pensioenwet**”) en het Besluit Pensioenwet en Wet verplichte Beroepspensioenregeling (het “**Besluit Pensioenwet**”) opgenomen die relevant zijn. Ingeval een werkgever aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds verzoekt een besluit tot het verlenen van deelnemingsvrijstelling te nemen, treedt het op in de hoedanigheid van bestuursorgaan en zijn ook de bepalingen in de Algemene Wet Bestuursrecht (“**Awb**”) van toepassing.

De wetgeving ter zake van de Verplichtstelling bij beroepspensioenfondsen is opgenomen in de Wet op de verplichte beroepspensioenregeling (de “**WVB**”). De Pensioenwet is niet van toepassing op zelfstandige beroepsgenoten en beroepsgenoten in loondienst die onder de werking van de WVB vallen. Voor de beroepsgenoten in loondienst is dit bepaald in de werknemersdefinitie in artikel 1 Pensioenwet. In het Besluit Pensioenwet en de Regeling Pensioenwet zijn wel voorschriften opgenomen ter zake van verplichte beroepspensioenfondsen. Deze betreffen onder meer de uitbesteding van werkzaamheden aan een derde en de ‘principes voor goed fondsbestuur’.

2.2 De taakafbakening

Het instrument van de Verplichtstelling staat van nature op gespannen voet met de vrije markt werking. In Nederland kwam deze spanning de laatste decennia duidelijk aan het licht, doordat de bevordering van de werking van de vrije markt steeds een belangrijk speerpunt van het nationale en internationale economische beleid is geweest. De vraag of de concurrentiepositie van verzekeraars en de marktwerking niet te veel beperkt werd door de monopoliepositie van de verplicht gestelde pensioenfondsen, is sinds het midden van de jaren negentig regelmatig gesteld. De werkterreinen van pensioenfondsen en verzekeraars dienen ter rechtvaardiging van de bijzondere positie van pensioenfondsen duidelijk van elkaar te worden afgebakend, zodat sprake kon zijn van eerlijke concurrentie. Regels inzake taakafbakening zijn in het jaar 2000 in de Regeling Taakafbakening opgenomen, die inmiddels is geïmplementeerd in de Pensioenwet.

2.2.1 Productafbakening en domeinafbakening

Onder de noemer ‘taakafbakening’ vallen zowel de productafbakening als de domeinafbakening. De productafbakening ziet erop dat pensioenfondsen zich in beginsel uitsluitend bezig houden met activiteiten die direct verband houden met hun hoofdtaak, zoals gedefinieerd in de Pensioenwet (zie art. 116 PW).

In de pensioenproducten komen de wezenskenmerken van de pensioenfondsen – de solidariteit en collectiviteit – tot uiting. Bij het verrichten van grensoverschrijdende activiteiten blijven de regels inzake productafbakening van kracht (art. 125 PW jo §7.4.2 en 7.4.3 Pensioenwet).

De domeinafbakening schrijft voor dat een bedrijfstakpensioenfonds één of meer basispensioenregelingen mag uitvoeren voor één of meer (delen van) bedrijfstakken.³⁶ Aan een basispensioenregeling mag een vrijwillige pensioenregeling zijn verbonden. Deze pensioenregelingen dienen één financieel geheel te vormen (het ‘verbod op ringfencing’; artt. 123 Pensioenwet en 119 WVB).³⁷ Dit betekent dat de vermogens behorende bij de verschillende pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij een fonds niet van elkaar mogen worden afgescheiden. Hierdoor wordt (financiële) solidariteit gecreëerd binnen het domein van de bedrijfstak of beroepsgroep. De domeinafbakening blijft van kracht indien een pensioenfonds grensoverschrijdende activiteiten verricht.³⁸ De domeinafbakening zal naar verwachting worden geschrapt voor een groot aantal pensioenuitvoerders, met uitzondering van het bedrijfstakpensioenfonds de pensioenuitvoerder van een beroepspensioenregeling.³⁹

De belangrijkste spelregels inzake de taakaftakening zijn naast de eis van de doorsneepremie opgenomen in de artikelen 116 t/m 125 Pensioenwet en overweging 37 van de IORP-Richtlijn. Deze regels betreffen onder meer het verbod op nevenactiviteiten en de eisen die aan het uitvoeren van meerdere pensioenregelingen worden gesteld.

2.3 Ontwikkelingen

- De concurrentie op de pensioenmarkt neemt toe, doordat de PPI, Multi-opf en (straks ook de) API gefaseerd toetreden tot de markt. De API is een pensioenfonds en zal het Multi-opf na inwerkingtreding vervangen.⁴⁰ De PPI, het Multi-opf en straks ook de API, hebben afwijkende bevoegdheden ten opzichte van een ondernemingspensioenfonds, bedrijfstakpensioenfonds of pensioenverzekeraar. Wel dienen zij zich aan de taakaftakening te houden. Verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en uitvoerders van verplicht gestelde beroepspensioenregeling mogen zich niet omvormen tot een API.⁴¹

³⁶ De domeinafbakening schrijft voor dat ondernemingspensioenfonds uitsluitend één of meer regelingen mogen uitvoeren voor één onderneming, of een groep van ondernemingen. Sinds de introductie van het Multi-opf is de domeinafbakening opgerekt doordat bestaande ondernemingspensioenfonds die in verschillende bedrijfstakken opereren in een Multi-opf kunnen samengaan.

³⁷ Uitzonderingen op het verbod van ringfencing zijn toegestaan voor het Multi-opf en naar verwachting ook voor de API. Bij het multi-opf is ringfencing mogelijk indien sprake is van pensioenregelingen die voor verschillende ondernemingen worden uitgevoerd. Op het niveau van de onderneming mogen vermogens van verschillende pensioenregelingen echter niet van elkaar worden afgescheiden. De achterliggende gedachte is dat het multi-opf en de API op deze wijze geen achterstand hebben op IORP's die zijn opgericht naar buitenlands recht.

³⁸ Ministerie van sociale Zaken en Werkgelegenheid, 'Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen, een achtergrondnotitie', bijlage 2 bij brief AV/PB/2006/100941, p. 3.

³⁹ Zie o.a. hoofdlijnennotitie 2007, brief van de staatssecretaris van SZW en de Minister van Financiën d.d. 14 december 2012, met kenmerk AV/PB/2012/16691 inzake 'antwoorden schriftelijk overleg API'; en *Kamerstukken II* 2012/12, 32 043, nr. 150 (incl. bijlage), p. 2.

⁴⁰ Op 28 februari 2013 is het API-consultatiedocument gepubliceerd en zijn belangstellenden gevraagd daarop te reageren binnen zes weken. Zie de brief van de staatssecretaris van SZW aan de Tweede Kamer d.d. 28 februari 2013 in: *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 150.

⁴¹ Brief van de staatssecretaris van SZW aan de Tweede Kamer d.d. 14 december 2012 met kenmerk AV/PB/2012/16691, antwoorden schriftelijk overleg API, vragen 50 en 51; en de bijlage bij: *Kamerstukken II* 2012/12, 32 043, nr. 150, p. 4. Bij verplicht gestelde beroepspensioenregelingen kiezen de beroepspensioenverenigingen weliswaar de pensioenuitvoerder, maar hebben de staatssecretaris van SZW en de Minister van Financiën aangegeven dat niet voor een API zal mogen worden gekozen.

- Het nieuwe reële pensioencontract, waarbij sprake is van ‘zachte’ voorwaardelijke pensioenrechten, is in het Pensioenakkoord geïntroduceerd (§5.1). Het reële pensioencontract kwalificeert in de huidige vormgeving naar verwachting als premieovereenkomst in de zin van de Pensioenwet. Dat wringt echter wel. Voor zover een doorsneepremie wordt gehanteerd, mogen verplicht gestelde pensioenfondsen het reële contract uitvoeren. De solidariteit binnen een premieregeling zal echter doorgaans minder solidair zijn dan bij een uitkeringsovereenkomst. De centrale vraag in paragraaf 4.4 is of het hanteren van een premieovereenkomst in een verplicht gesteld fonds/regeling kan leiden tot onverenigbaarheid van de Verplichtstelling met de regels van het EU mededingingsrecht.
- Het wetsvoorstel versterking bestuur pensioenfondsen is van belang voor de vormgeving van de API. Aanvaarding van dat wetsvoorstel is noodzakelijk voor de totstandkoming van de API. Daarnaast is de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel versterking bestuur pensioenfondsen relevant met het oog op de medezeggenschapseisen die op grond van de IORP-Richtlijn aan buitenlandse pensioeninstellingen uit lidstaten mogen worden opgelegd (zie §3.4).

2.4 Markt- en overheidbepalingen

De taakafbakening dient in het licht van een bredere maatschappelijke discussie te worden gezien. Het betreft discussie over de vraag of organisaties die op grond van een overheidsbesluit een (publieke) taak uitvoeren, waaronder verplicht gestelde pensioenfondsen, oneigenlijke concurrentievoordelen in de markt kunnen behalen ten opzichte van andersoortige ondernemingen.

Het merendeel van de werknemers in Nederland is via de werkgever verplicht aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds – een aanzienlijk kleiner deel is aangesloten bij een beroepspensioenfonds – en is daarmee verzekerd van een aanvullend pensioen. Door het grote aantal aangesloten en de zekerheid dat groepen automatisch verplicht zijn tot deelneming in een fonds, behalen de verplicht gestelde pensioenfondsen schaalvoordelen.

De voordelen die voor de verplicht gestelde fondsen zijn verbonden aan de Verplichtstelling, mogen er niet toe leiden dat deze fondsen in de vrije markt oneigenlijk gebruik maken, of laten maken, van de positie die zij door de opgelegde Verplichtstelling hebben verkregen. Een aan een verplicht gesteld pensioenfonds verbonden dochterverzekeraar of (afgesplitst) pensioenuitvoeringsbedrijf kan bijvoorbeeld in de consumentenmarkt voordeel behalen ten opzichte van een verzekeraar die pensioenproducten in de derde pijler aanbiedt, door gebruik te maken van de naam (en faam) van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds waarvoor het de pensioenen uitvoert. Dergelijke voordelen beïnvloeden het gelijke speelveld en moeten worden voorkomen.

De monopoliepositie die de verplicht gestelde pensioenfondsen door een ministerieel besluit hebben verkregen, wordt (op de vrije markt) ingeperkt door de zogenaamde markt- en overheidbepalingen. Deze bepalingen zijn erop gericht oneigenlijk concurrentievoordeel te voorkomen en zijn voor de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen opgenomen in artikel 5 t/m 7 Wet Bpf 2000 en voor de verplicht gestelde beroepspensioenfondsen in de artikelen 46 en 47 WVB.

Artikel 5 Wet Bpf bepaalt kort gezegd dat de verplicht gestelde pensioenfondsen ervoor moeten zorgdragen dat in het economisch verkeer een ander lichaam geen gebruik maakt van een naam of merk dat door het bedrijfstakpensioenfonds wordt gebruikt. De WVB kent een dergelijke bepaling niet. In de artikelen 6 Wet Bpf en 46 WVB is neergelegd dat een verplicht gesteld pensioenfonds alleen gegevens uit zijn deelnemersbestand mag verstrekken aan de deelnemer zelf of diens werkgever. Een uitzondering kan worden gemaakt voor een derde die de gegevens heeft

ontvangen ten behoeve van de goede uitvoering van de pensioenregeling. Voor deze derde zijn de artikelen 6 Wet Bpf en 46 WVB van overeenkomstige toepassing. Een verplicht gesteld fonds mag tenslotte alleen informatie verstrekken over pensioenregelingen die het zelf uitvoert (zie artikel 7 Wet Bpf en 47 WVB).⁴²

2.4.1 Recente wetswijziging

De markt en overheidbepalingen in de artikelen 5 tot en met 7 Wet Bpf 2000 en de artikelen 45 en 46 WVB zijn medio 2012 gewijzigd en in het Staatsblad gepubliceerd.⁴³ Zij treden in werking per 1 juli 2013. Uitgangspunt bij de wetswijziging is geweest dat de bepalingen die de consumentenmarkt betreffen gehandhaafd worden, met het oog op het gelijke speelveld, en dat de bepalingen inzake de uitvoeringsmarkt waar mogelijk versoepeld worden. De situaties waarin het gelijke speelveld niet in het geding is vallen niet langer onder het toepassingsbereik van de markt- en overheidbepalingen. Een ander speerpunt is tenslotte de verbetering van de informatievoorziening door (commerciële) aanbieders van pensioengerelateerde (derde pijler) producten aan deelnemers in verplicht gestelde pensioenfondsen. Dit zou ten goede moeten komen aan het totaalbeeld dat deelnemers hebben van hun oudedagsvoorziening.⁴⁴

De belangrijkste versoepelingen van de markt- en overheidbepalingen zijn: (i) de beperkingen van het verbod op het gebruik van de naam en beeldmerken van het bedrijfstakpensioenfonds in het economisch verkeer tot communicatie met consumenten (en werkgevers) over financiële producten; (ii) de naam en het beeldmerk van het fonds mogen jegens consumenten en werkgevers (toch) worden gebruikt wanneer uitsluitend informatie wordt gegeven over de wijze waarop financiële producten zich verhouden tot een pensioenregeling van het fonds; (iii) een uitvoeringsorganisatie van het fonds mag bij de uitvoering van de pensioenregeling uitsluitend de naam of het merk van het pensioenfonds gebruiken.

2.4.2 Ontwikkelingen

- De inwerkingtreding van de gewijzigde – in hoofdzaak versoepelde – markt- en overheidbepalingen (zie §2.4.1). De wetgever is van mening dat deze bepalingen voldoende oneigenlijk concurrentievoordeel door verplicht gestelde fondsen blijven tegengaan en tegemoetkomen aan behoeften vanuit het pensioenveld.

2.5 Conglomeraatvorming en nevenactiviteiten

Naar aanleiding van de aanbevelingen van de Commissie conglomeraatvorming Pensioenfondsen ter bevordering van een goede ‘pension fund governance’⁴⁵, heeft het kabinet in 2005 een referentiekader voor conglomeraatvorming bij pensioenfondsen ontwikkeld (het “**Referentiekader**”)⁴⁶. Dit Referentiekader is opgenomen in de Principes voor goed pensioenfondsbestuur in onderdeel A4. De Principes zijn op hun beurt per 1 januari 2007 wettelijk verankerd in artikel 33 van de Pensioenwet, in artikel 42 van de Wet verplichte Beroepspensioenregeling en in artikel 11 Besluit en hebben daarmee een bindend karakter.

⁴² Zie o.a. CBB, 30 januari 2009, *L/N* BH3316 en CBB 31 januari 2009, *L/N* BH3320.

⁴³ *Stb.* 2012, 426; zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 32 477, nr. A (‘gewijzigd voorstel van wet’).

⁴⁴ Brief d.d. 15 juni 2011 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de wijziging Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000/Wet verplichte beroepspensioenregeling, met kenmerk AV/PB/2011/9997, p. 2.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 294, nr. 3

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 294, nr. 22 (het ‘Referentiekader Staatsen’).

Het Referentiekader, zoals thans in de wet is opgenomen, heeft als algemeen uitgangspunt dat een pensioenfonds zich, in overeenstemming met zijn sociale functie, moet beperken tot het verstrekken van pensioenuitkeringen en het verrichten van werkzaamheden die daarmee rechtstreeks verband houden. Activiteiten die daar niet onder vallen, kwalificeren als ‘nevenactiviteiten’. Een pensioenfonds mag geen naastactiviteiten uitvoeren. Dergelijke activiteiten moeten worden ondergebracht bij een aparte rechtspersoon die juridisch volledig gescheiden is van het pensioenfonds. Om die reden is ook een verbod op personele unies op directieniveau tussen pensioenfonds en hun (verzekerings)dochters opgenomen in het Referentiekader. Een fondsbestuur dat zich niet volledig concentreert op zijn beleidsmatige en bestuurlijke taken, maar zich mede richt op bedrijfsvreemde activiteiten, zoals de aansturing van een conglomeraat, kan schade toe brengen aan de deelnemers en de concurrentie op de markt verstoren. Het verbod op naastactiviteiten vloeit tevens voort uit artikel 7 IORP-Richtlijn en artikel 116 Pensioenwet.

Uit 2009 maakte de Minister bekend dat onderzoek naar de naleving van het Referentiekader had uitgewezen dat het merendeel van de pensioenfonds zich conform het Referentiekader beperkte tot de kerntaken en voldoende afstand bewaarde tot (eventuele) naastactiviteiten.⁴⁷ Voor veel pensioenfonds bleek bovendien dat het bewaren van afstand tot ondernemingen waarin zij deelnamen niet relevant was, omdat er in die gevallen sprake was van een volledig herverzekerd fonds, gewerkt werd met een vermogensbeheerder, belegd werd in beleggingsfondsen of slechts sprake was van kleine aandelenpakketten. De Nederlandsche Bank, die toezicht houdt op het verbod op naastactiviteiten, heeft bovenstaande conclusies van de Minister bevestigd.⁴⁸

2.5.1 Ontwikkelingen

- Pensioenuitvoerders mogen naastactiviteiten in een aparte, juridisch volledige gescheiden, rechtspersoon onderbrengen. Deze aparte rechtspersoon kan sinds kort ook een PPI zijn en naar verwachting binnenkort ook een pensioenfonds in de hoedanigheid van een API. De concurrentie op de pensioenmarkt voor naastactiviteiten en herverzekeringen neemt momenteel door de introductie van de PPI toe, doordat de PPI in staat is op de kosten te concurreren met andere pensioenuitvoerders (zie o.a. §6.5).

2.6 Europees kader

Het recht van de Europese Unie (hierna weer: “EU”) vormt een autonome rechtsorde die voorrang heeft boven nationaal recht.⁴⁹ Het beginsel van de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht heeft als consequentie dat Europese burgers zich rechtstreeks op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen voor de nationale rechter. De lidstaten dienen ervoor zorg te dragen dat het nationale recht en de daarop gebaseerde pensioenregelingen in overeenstemming zijn met de Europese wetgeving (Europese Richtlijnen en Verordeningen).

Op grond van het Verdrag betreffende de werking van de EU (het “VWEU”), vervult de EU in hoofdzaak een ondersteunende en aanvullende rol op het terrein van het verwezenlijken van sociale en economische doelstellingen bij de aanvullende pensioenvoorzieningen. De EU respecteert de nationale verantwoordelijkheden van de lidstaten.

⁴⁷ Brief d.d. 4 december 2009 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, met kenmerk AV/PB/09/26458, p. 13.

⁴⁸ Brief d.d. 4 december 2009 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, met kenmerk AV/PB/09/26458, p. 13.

⁴⁹ HvJEU, 5 februari 1963, C-26/62, Jurispr. 1963, p. I-00003 (‘Van Gent en Loos’).

De tendens is echter wel dat de EU een groeiende invloed heeft op de nationale pensioenstelsels. ‘Europa 2020’ is er bijvoorbeeld op gericht een sterkere coördinatie van het nationale pensioenbeleid te bewerkstelligen en het Witboek pensioenen bevat aanbevelingen en ondersteunende maatregelen voor het hervormen van de nationale pensioenstelsels, naar adequatere en houdbare pensioenstelsels.⁵⁰ De reden hiervoor is dat pensioenen, die een vitale rol voor de inkomens van veel EU-inwoners spelen, ook één van de grootste overheidsuitgaven vormen en daarom ingevolge de EC een punt van gemeenschappelijke zorg zijn. De nationale pensioenstelsels verschillen onderling echter sterk. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het verschil tussen kapitaalgedekte pensioenstelsels, waaronder het Nederlandse stelsel, en omslaggefinancierde stelsels en aan de mate van medezeggenschap van verschillende groepen belanghebbenden in besturen van pensioeninstellingen in de EU, die in Nederland bijvoorbeeld aanzienlijk is. Dat de pensioenen een punt van gemeenschappelijke zorg zijn, zou echter niet ten gevolge moeten kunnen hebben dat de inhoudelijke vormgeving van het Nederlandse aanvullende pensioenstelsel en dat van andere lidstaten op EU-niveau kan worden bepaald.

2.6.1 De interne markt, de mededinging en het vrij verkeer

Het recht van de EU geeft zagezegd het kader voor de vormgeving van het ordeningsbeleid van de lidstaten. In het Protocol nr. 27 betreffende de interne markt en de mededinging bij het Verdrag van Lissabon (het “**Protocol nr. 27**”), artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (“**VEU**”)⁵¹ en artikel 101, 102 en 106 VWEU zijn bepalingen betreffende de interne markt en de mededinging opgenomen.

De interne markt, zoals omschreven in artikel 26 VWEU lid 2, beoogt de afschaffing van alle belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer. Het doel hiervan is het verenigen van de nationale markten tot een enkele markt die de omstandigheden van een binnenlandse markt zo dicht mogelijk benadert. De interne markt kent twee soorten voorschriften: (i) voorschriften die betrekking hebben op de vier vrijheden en de markttoegang; en (ii) voorschriften die betrekking hebben op de mededingingsregels en het marktgedrag.

De bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten zijn in de eerste plaats opgenomen in de artikelen 56 tot en met 62 VWEU en de bepalingen inzake het vrij verkeer van vestiging zijn opgenomen in de artikelen 49 tot en met 55 VWEU. Op grond van deze Verdragsbepalingen voor vrij verkeer dienen lidstaten ervoor zorg te dragen dat het nationaal recht geen bepalingen bevat die tot belemmeringen van het vrije verkeer van diensten en vestiging kunnen leiden (de zogenaamde “**negatieve integratie**”). Daar waar de EU (min of meer) uniforme regels heeft vastgelegd voor lidstaten voor bepaalde rechtsgebieden, wordt gesproken van “**positieve integratie**”.

Op grond van het ‘**beginsel van wederzijdse aanvaarding**’, dat zijn oorsprong in de rechtspraak vindt, moeten de lidstaten ervan uitgaan dat producten die in een andere lidstaat rechtmatig op de markt zijn gebracht, ook aan de eisen voldoen die de lidstaat van bestemming daaraan stelt. Wettelijke uitzonderingen op dit beginsel zijn slechts toegestaan, indien deze noodzakelijk en proportioneel zijn en sprake is van specifieke algemene belangen.

⁵⁰ Zie EC Witboek Pensioenen 2012.

⁵¹ Verdrag betreffende de Europese Unie, 26 oktober 2012, *Pb EU C 326/15* (“VEU”).

Het vrij verkeer van diensten en van vestiging wordt niet alleen aan banden gelegd door de bepalingen in het VWEU, die op nationaal niveau worden gereguleerd. De bepalingen in de Europese richtlijn 2003/41/EG betreffende werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening zijn eveneens van belang (de IORP-Richtlijn) voor lidstaten. De IORP-Richtlijn dankt zijn bijnaam aan de definitie voor pensioeninstellingen in de richtlijn: Institution for Occupational Retirement Provision, oftewel “**IORP**”.

De IORP-Richtlijn is op 3 juni 2003 in werking getreden en vormde een eerste stap op weg naar een op Europese schaal georganiseerde interne markt voor bedrijfspensioenvoorzieningen. De richtlijn heeft niet alleen betrekking op de vrijheid van diensten, maar ook op de vrijheid van vestiging en is op 8 februari 2006 geïmplementeerd in de Pensioen- en Spaarfondsenwet (en thans in de PW).⁵² De IORP-Richtlijn heeft inmiddels de nodige invloed in het binnen- en buitenland⁵³. In Nederland kwalificeren alleen het pensioenfonds, de PPI en straks ook de API als pensioeninstellingen in de zin van de IORP-Richtlijn (zie art. 1 PW).⁵⁴ De API zal naar verwachting kwalificeren als pensioenfonds en is derhalve geen nieuw type pensioenuitvoerder.

Sinds de inwerkingtreding van de IORP-Richtlijn kunnen pensioenuitvoerders grensoverschrijdende pensioendiensten in andere lidstaten aanbieden als zij de benodigde vergunning in het thuisland hebben verkregen.⁵⁵ In de IORP-Richtlijn wordt in de eerste plaats voorgeschreven dat de lidstaten de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen moeten toelaten om bijdragen over te maken naar instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen die zijn gevestigd in een andere lidstaat, onverminderd ‘de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels’, waaronder het systeem van de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen valt (zie art. 2 lid 13 PW). Andersom dienen de lidstaten het toe te staan wanneer nationale pensioeninstellingen bijdragen ontvangen van ondernemingen die zijn gevestigd in een andere lidstaat. Ook maakt de Richtlijn het mogelijk dat pensioeninstellingen pensioenregelingen uitvoeren met deelnemers in meer dan één lidstaat.⁵⁶ De achterliggende gedachte van de Richtlijn is dat bovenstaande grensoverschrijdende diensten aanzienlijke schaalvoordelen kunnen opleveren voor de pensioenuitvoerders, de arbeidsmobiliteit en het concurrentievermogen van de bedrijfstak binnen de EU kunnen vergroten. De beoogde marktwerking binnen de Europese pensioensector wordt bereikt als concurrentie op de pensioenuitvoering leidt tot de laagst mogelijke uitvoeringskosten. Dit alles is ingevolge de Richtlijn mogelijk als lidstaten elkaars prudentiële normen over en weer erkennen.

Ten slotte is ook het Handvest van de grondrechten van de EU (het “**Handvest**”) relevant. In het Handvest is een overzicht opgenomen van de op het niveau van de Unie gewaarborgde grondrechten. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest dezelfde juridische waarde als de Verdragen (zie art. 6 lid 1 VEU).⁵⁷

⁵² Stb. 2006, 51.

⁵³ Richtlijn 2003/41/EG, overweging 6, p. 1.

⁵⁴ De IORP-Richtlijn laat de mogelijkheid open voor lidstaten om deze van toepassing te verklaren op levensverzekeraars, indien de verzekeringsactiviteiten en bedrijfspensioenvoorzieningen volledig van elkaar worden afgescheiden (zie artikel 4 IORP-Richtlijn). Nederland heeft geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

⁵⁵ In de praktijk wordt nog nauwelijks gebruik gemaakt van deze mogelijkheden. Zie o.a. Van Meerten en Starink 2010, p. 388 e.v. en Schouten 2012, p. 283-289.

⁵⁶ Richtlijn 2003/41/EG, overweging 6, p. 1.

⁵⁷ Voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon had het Handvest nog geen met het primaire recht vergelijkbare bindende rechtsgevolgen, maar kon het als ‘inspiratiebron’ worden gezien met het oog op de bescherming van de grondrechten op Unieniveau. Zie ook r.o. 28 en 29 in HvJEU, 1 maart 2011, C-236/09, Jurispr. 2011, p. I-00773 (‘Test-Aankoop’).

2.6.2 Wetgeving en handhaving

De EU is niet bevoegd om wetgeving vast te stellen die de opzet van nationale pensioenstelsels betreft. Wel kan wetgeving worden ontworpen die invloed heeft op de werking van de interne markt, rechten van werknemers en discriminatie (met name op grond van geslacht en leeftijd). Voorts kan de EU het gebruik van ‘zachte’ wetgevingsmaatregelen, waaronder het opstellen van praktijkcodes, bevorderen.⁵⁸

De EC heeft het recht van initiatief voor het voorstellen van nieuwe wetgeving en controleert of de individuele lidstaten de Europese regels naleven. Het Europese Parlement oefent samen met de Raad van de EU de (overige) wetgevende taken uit door het aannemen, wijzigen of verwerpen van wetsvoorstellen van de EC. Dit geschiedt wanneer er sprake is van ‘onnodige belemmeringen tussen lidstaten of nationale stelsel dienen te worden geharmoniseerd met betrekking tot belangrijke algemene belangen’.

Op een deugdelijke handhaving van de prudentiële normen dient toezicht te worden gehouden door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst. De lidstaat waar de pensioeninstelling haar statutaire zetel heeft wordt de lidstaat van herkomst genoemd. De lidstaat waarvan de sociale en arbeidswetgeving moet worden toegepast is in de relatie tussen de deelnemers en de bijdragende onderneming de lidstaat van ontvangst (zie ook art. 2 lid 13 PW en art. 2 lid 6 WVB). In Nederland is het prudentieel toezicht in handen van De Nederlandsche Bank (“**DNB**”). Voor het uitvoeren van grensoverschrijdende activiteiten (en het eventueel dragen van de verzekeringstechnische risico’s van buitenlandse regelingen) dient dan ook toestemming te worden gevraagd aan DNB (zie art. 125 PW en art. 178 t/m 184 PW jo artikel 20 lid 1 IORP-Richtlijn). De verleende toestemming wordt ook wel het “Europese paspoort” genoemd.


2.6.3 Ontwikkelingen

- Publicatie van het Witboek Pensioenen van de EC op 16 februari 2012 inzake adequate, veilige en duurzame pensioenen. In het Witboek Pensioenen staat dat de grootste uitdaging voor de nationale pensioenstelsels de vergrijzing van de inwoners is en de stijgende levensverwachting. Langer doorwerken en meer sparen voor een beter aanvullend pensioen zijn volgens de EC onontkoombaar. Het Witboek Pensioenen geeft aanbevelingen en ondersteunende maatregelen ter bewerkstelling van adequate en houdbare pensioenstelsels. Het bevat echter twee voorstellen die bij het Nederlandse parlement tot grote zorgen leiden: de aangekondigde herziening van de IORP-Richtlijn en de voorgenomen invoering van de Richtlijn inzake overdraagbaarheid van pensioenen. De Tweede Kamer heeft de stellige indruk dat hierbij de principes van subsidiariteit en proportionaliteit aan de kant wordt gezet.⁵⁹ De mogelijke consequenties van de aangekondigde herziening van de IORP-Richtlijn voor de houdbaarheid van de Verplichtstelling wordt nader besproken in paragraaf 5.4.

* * * *

⁵⁸ Zie EC Witboek Pensioenen 2012, p. 15.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 2.*



Hoofdstuk 3

Het mededingingsrecht en het vrij verkeer

3 Het mededingingsrecht en het vrij verkeer

De vraag of de Verplichtstelling bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen juridisch houdbaar is, wordt beantwoord door deze te toetsen aan de wet- en regelgeving en rechtspraak, zowel op nationaal niveau als op het niveau van de EU. Toetsing vindt met name plaats aan bepalingen in het VWEU en de IORP-Richtlijn inzake de mededinging en het vrij verkeer van diensten en vestiging.

In paragraaf 3.1 komen de redenen voor de totstandkoming van de Verplichtstelling bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen aan de orde. Vervolgens worden de concurrentieverschillen tussen pensioenfondsen en verzekeraars besproken en de daarbij behorende taakafbakening (§3.2). In paragraaf 3.3 wordt de Verplichtstelling getoetst aan het mededingingsrecht en de rechtspraak van de nationale rechter en het HvJEU. Deze toets wordt tevens verricht ten aanzien van het vrij verkeer van diensten en vestiging (§3.4). Het hoofdstuk sluit af met een tussenconclusie (§3.4).

3.1 Historie Verplichtstelling

Het ontstaan van de Verplichtstelling bij bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen kent een aantal gelijkenissen, maar wijkt op punten af. De parlementaire geschiedenis bij beide wetsvoorstellen is niet alleen van belang omdat de historie diep is geworteld in de systematiek van ons aanvullende pensioenstelsel, maar ook omdat de argumenten van de Nederlandse regering voor de rechtvaardiging van de concurrentiebeperking op de pensioenmarkt eruit kunnen worden gedestilleerd. Dat gebeurt onderstaand.

3.1.1 Historie Verplichtstelling bedrijfstakpensioenfondsen

Op 26 maart 1949 trad de wet ‘houdende een wettelijke regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds’ (de ‘Wet Bpf’, thans: de ‘Wet Bpf 2000’) in werking.⁶⁰ De wet had betrekking op bedrijfspensioenfondsen. Deze fondsen zijn nu beter bekend onder de naam bedrijfstakpensioenfondsen. De beroepspensioenfondsen vallen niet onder de reikwijdte van de Wet Bpf, maar onder die van de Wet verplichte beroepspensioenfondsen (de “WVB”), en worden besproken in paragraaf 3.1.2.

Reden voor invoering van de Wet Bpf was, dat het bestaande wettelijke kader niet toereikend was voor een met voldoende waarborgen omgeven Verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds.⁶¹ Beoogd werd voor pensioenen een systeem te scheppen dat overeenkwam met het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

⁶⁰ Stb. 1949, 121.

⁶¹ Zie ook Lutjens 1999 over de geschiedenis van de Wet Bpf 2000.

3.1.1.1 De Wet AVV als (ontoereikend) voorbeeld

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wet Bpf zag het relevante wettelijk kader er als volgt uit. Sociale partners binnen een bedrijfstak hadden de mogelijkheid om bij collectieve overeenkomst afspraken te maken over de arbeidsvoorwaarde pensioen. Deze bepalingen vonden toepassing voor de werknemers van gebonden werkgevers. Op grond van de wet op het algemeen verbindend of onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten uit 1937 (de “Wet AVV”)⁶² kon de werkingssfeer van de pensioenbepalingen worden uitgebreid tot alle werknemers binnen een bedrijfstak. De wetgever had met deze wetgeving echter beoogd dat bepalingen in een collectieve arbeidsovereenkomst slechts algemeen verbindend konden worden verklaard met een maximum termijn van twee jaren. Fondsen die naar hun aard een meer permanent karakter dragen, zoals pensioenfondsen, zouden daarom formeel gezien niet voor algemeen verbindend verklaring in aanmerking moeten komen. Van grotere meerwaarde was het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945⁶³. Het College van Rijksbemiddelaars was op grond van deze wet bevoegd om arbeidsvoorwaarden bindend vast te stellen, waardoor die regelingen dezelfde rechtskracht hadden als bepalingen die algemeen verbindend waren verklaard op grond van de Wet AVV.⁶⁴

Tijdens de behandeling van het loonvraagstuk voor de landbouw en de oprichting van een landbouwpensioenfonds werd in de eerste plaats geconstateerd dat de bepalingen in het BBA wel konden worden gebruikt voor het algemeen verbindend verklaren van pensioenbepalingen voor zelfstandigen, maar niet afdoende waren om het functioneren van een fonds voor een grote hoeveelheid werknemers te kunnen waarborgen.⁶⁵ Er was een meer gedetailleerde regeling nodig.⁶⁶ Zo stonden er in het BBA nog geen bepalingen die expliciet eisen stelden aan pensioenregelingen, bedrijfstakpensioenfondsen en hun statuten en reglementen⁶⁷, te volgen procedures voor het verkrijgen van een Verplichtstelling en de belangenafweging door het bestuur van een fonds, die ook degenen die zich niet vrijwillig hadden aangesloten moest betreffen. Het voorgaande stond een Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds in de weg, alhoewel Verplichtstelling wel mogelijk was op grond van het BBA.

De Minister overwoog in dat verband: “Wanneer men het B.B.A. raadpleegt, ziet men daarin geen enkele norm” en “overigens vindt men er ten aanzien van de meest belangrijke punten, die aan de orde komen bij een pensioenregeling, geen woord”. “Stelt men nu hiernaast het wetsontwerp, dat thans aan de orde is, dan vindt men hierin een serie bepalingen, die ten doel hebben te waarborgen, dat (...) de wijze van totstandkoming van een beslissing als het wetsontwerp (...) inderdaad met grote zorg geschiedt, maar bovendien, dat in de reglementen, die dan toepasselijk worden verklaard op anderen dan degenen, die zich daaraan vrijwillig hebben onderworpen, een aantal bepalingen moeten voorkomen om de zekerheid te benaderen, dat met alle belangen, die daarbij zijn betrokken, rekening wordt gehouden. Wat de procedure betreft, die is voorgeschreven, meen ik, dat hier een duidelijk bewijs is gegeven van de democratische basis, waarop wij staan, en tevens van de goede Nederlandse degelijkheid”.⁶⁸

⁶² Stb. 1973, 801.

⁶³ Stb. 1944, 52. Zie ook *Kamerstukken II 1947/48*, 785, nr. 3 (MvT), p. 3.

⁶⁴ *Kamerstukken II 1947/48*, 785, nr. 3 (MvT), p. 3. Zie ook het wetsvoorstel in *Handelingen II 1947-48*, 785, nr. 1-2.

⁶⁵ *Kamerstukken I 1948/49*, 785, vel 79 297; en *Kamerstukken II 1947/48*, 785, 1093. Zie ook *Kamerstukken II 1947/48*, 785, nr. 3 (MvT), p. 3. Het aantal werknemers dat zou deelnemen in het bedrijfspensioenfonds voor de Landbouw bedroeg naar schatting zeker 200.00 werknemers, maar beoogd werd om het aantal deelnemers in het fonds uit te breiden naar circa 0.5 miljoen.

⁶⁶ Zie o.a. *Kamerstukken II*, 1947/48, 785, nr. 3 (MvT), p. 3.

⁶⁷ *Kamerstukken I*, 1948/49, 785, vel 79 297.

⁶⁸ Zie *Kamerstukken I 1948/49*, 785, vel 79 297.

Een tweede argument voor de invoering van de Wet Bpf was dat het bestaande wettelijk kader geen mogelijkheid bood om naast de werknemers ook de (niet-aangesloten en ongebonden) werkgevers en zelfstandigen te verplichten deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds. Dit zou om reden van sociaal-economische belang wel mogelijk moeten zijn, aldus de Minister. Een dringende oplossing voor deze lacune werd nodig gevonden, in de vorm van de Wet Bpf (thans: Wet Bpf 2000).⁶⁹

3.1.1.2 Doelstelling Wet Bpf 2000

Het doel van het Wetsontwerp Bpf (thans: de Wet Bpf 2000) was volgens de Minister in de eerste plaats dat een bedrijfstakpensioenfonds ook zou kunnen gelden voor anderen dan degenen die vrijwillig waren aangesloten, waarbij rekening werd gehouden met de belangen van de verschillende groepen aangeslotenen.⁷⁰

Door het systeem van de Verplichtstelling werd voorts “de mogelijkheid om door het niet geven van pensioen een voorsprong op de vakgenoten te hebben”⁷¹ weggenomen en de arbeidsvoorwaarde pensioen gelijkgetrokken binnen een bedrijfstak.⁷² De ‘orde’ in de bedrijfstak was hiermee gediend, aangezien de bedrijfsgenoten die zich zonder verplichting niet aansloten bij een bedrijfstakpensioenfonds de bedrijfsseenheid konden verbreken.⁷³ De grondslag voor concurrentiebeperking binnen een bedrijfstak werd aldus voor pensioenen wettelijk verankerd in de Wet Bpf, voorloper van de huidige Wet Bpf 2000. De Minister heeft tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet Bpf regelmatig aangegeven dat hij de mogelijkheid in het wetsvoorstel om de vrije marktwerking te beperken van groot belang achtte. De concurrentiebeperking die door de Verplichtstelling optrad was volgens hem rechtvaardig, omdat de belangen van de bedrijfsgenoten er mee gediend waren.⁷⁴ De beperking werd geanalyseerd vanuit het mededingingsrecht. De eventuele beperkingen van de vrijheid van diensten en vestiging die konden optreden door de Verplichtstelling werden niet (expliciet) benoemd. De paritaire samenstelling van het pensioenfondsbestuur moest een onpartijdig beheer van de pensioenen waarborgen. Dat was van groot belang voor het georganiseerde bedrijfsleven in het algemeen en voor de directe belanghebbenden in het bijzonder.⁷⁵

3.1.1.3 Geadresseerden: werknemers en zelfstandigen

Het bedrijfstakpensioenfonds diende in ieder geval ten bate van werknemers in een bedrijfstak te strekken. Daarnaast was in sommige bedrijfstakken, en dan met name de bedrijfstak voor de landbouw, de wens naar voren gekomen om ook zelfstandige werkers zonder personeel en ‘kleine werkers’ op te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds, omdat deze maatschappelijk niet zo heel veel verschilden van de ‘arbeiders’. Aan deze sociale overweging voegde de Minister toe dat de mogelijkheid om zelfstandigen te kunnen verplichten tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds ook geschiedde vanuit het ‘streven naar het elimineren van factoren, die

⁶⁹ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3 (MvT), p. 3.*

⁷⁰ *Kamerstukken I 1948/49, 785, vel 79, p. 297.*

⁷¹ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5, p. 11 en 13.*

⁷² *In Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA).*

⁷³ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), p. 14.*

⁷⁴ *Handelingen I 1948/49, 785, vel 81, p. 305.* Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel merkte de Minister over het bestaansrecht van de wet op: “(...) de vraag, waarom het gaat is deze: is een regeling, zoals hier aan de orde is, zodanig, dat de belangen van de bedrijfsgenoten, in de eerste plaats van de arbeiders, verzorgd kunnen zijn, beter dan zonder deze wettelijke regeling? Deze vraag beantwoord ik met overtuiging bevestigend”.

⁷⁵ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), p. 11.*

de onderlinge concurrentievoorwaarden in een bedrijfstak beïnvloeden'.⁷⁶ Besloten werd daarop dat de Minister op verzoek van sociale partners de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht kan stellen voor alle of bepaalde groepen van werknemers en voor andere bedrijfsgenoten die op dezelfde sociale en economische ladder staan als de werknemers.⁷⁷

"Hoewel de bedrijfspensioenfondsen niet noodwendig op een arbeidsovereenkomst gebaseerd behoeven te zijn, zal dit toch veelal het geval zijn. De deelnemers zullen of alleen arbeiders zijn of ook personen, die gemeenlijk sociaal en economisch met hen op ongeveer gelijk niveau staan".

In paragraaf 5.5 wordt het belang voor de Verplichtstelling behandeld om (groepen van) zelfstandigen onder de reikwijdte ervan te (laten) brengen door sociale partners.

3.1.1.4 Keuze voor het bedrijfstakpensioenfonds als pensioenuitvoerder

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet Bpf stond het continueren en verbeteren van het reeds bestaande beleid ten aanzien van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voorop. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wet Bpf bestonden er al bedrijfspensioenfondsen waarin pensioenen van werknemers collectief waren ondergebracht. Dit geschiedde op grond van collectieve arbeidsovereenkomsten. Werknemers die werkzaam waren voor werkgevers met een lidmaatschap van één van de contracterende partijen bij de CAO, werden op deze wijze verplicht tot deelname in een pensioenfonds.⁷⁸ Door middel van het AVV-en van collectieve arbeidsovereenkomsten kon de werking van een dergelijk fonds worden uitgebreid tot alle werknemers in een bedrijfstak, maar slechts voor een termijn van ten hoogste twee jaar.⁷⁹ Aan deze (wijze van) Verplichtstelling kleefden een aantal gebreken.

De Wet Bpf beoogde de gebreken in het toenmalige systeem te repareren, zodat belanghebbenden (met grotere zekerheid) waren verzekerd van de juiste functionering van het bedrijfstakpensioenfonds en de Verplichtstelling.⁸⁰ Een van de lacunes die werd gerepareerd door de Wet Bpf was dat ook werkgevers en zelfstandigen konden worden verplicht tot deelneming in een bedrijfspensioenfonds.⁸¹ In paragraaf 5.5 wordt ingegaan op de belangen die zowel de bedrijfstakken als de zzp'ers kunnen hebben, indien sociale partners vaker gebruiken maken van de mogelijkheid om deelneming in een bedrijfstak pensioenfonds voor zzp'ers verplicht te stellen.⁸² Alternatieven, zoals de Verplichtstelling van deelneming in de pensioenregeling bij beroepspensioenfondsen, lijken niet in overweging te zijn genomen.

3.1.1.5 Steun voor de Verplichtstelling vanuit de regering

Gedurende de totstandkoming van de Wet Bpf (thans: de 'Wet Bpf 2000'), maar ook nadien, is de Minister het belang van de instandhouding van de Verplichtstelling blijven benadrukken. Te meer

⁷⁶ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), p. 12.*

⁷⁷ *Kamerstukken II, 1947/48, 785, nr. 3 (MvT), p. 3. en 4.*

⁷⁸ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3 (MvT), p. 3.*

⁷⁹ *Zie Stb. 1937, 801.*

⁸⁰ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3 (MvT), p. 3.* Van belang was in dat verband dat ook het functioneren van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds met een groot aantal deelnemers in de toekomst zou kunnen worden gewaarborgd door middel van de bepalingen in de Wet Bpf. Het bedrijfstakpensioenfonds voor de Landbouw was naar verwachting zo'n groot fonds, met een deelnemeraantal tussen de 200.000 en de 500.000.

⁸¹ *Zie ook Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvT), p. 12,* waarin wordt aangegeven dat het BBA 1945 en de Wet AVV met name onvoldoende houvast boden voor pensioenregelingen voor zelfstandigen.

⁸² Ik ben thans alleen bekend met het Bpf Schilders en het Bpf Bouw waarin zelfstandigen verplicht dienen deel te nemen. ZZp'ers die werkzaam zijn als schilder, glaszetter of werkzaam zijn in het afwerkingsbedrijf, zijn verplicht aangesloten bij het Bpf Schilders. Zzp'ers die werkzaam zijn als stukadoor, in het afbouw-, het natuursteen- of terrazzobedrijf, zijn verplicht aangesloten bij het Bpf Bouw.

wanneer er kanttekeningen bij de systematiek van het Nederlandse pensioenstelsel werden geplaatst. Gedacht kan onder meer worden aan de brief uit 2001 van de staatssecretaris van SZW aan de Tweede Kamer met alternatieven voor de Verplichtstelling⁸³, de opdracht van het Minister van SZW aan de Commissies Frijns en Goudswaard, waarbij de collectiviteit en solidariteit die ten grondslag liggen aan de werking van de Verplichtstelling niet ter discussie mochten worden gesteld door de commissies⁸⁴ en de opdracht van de Minister aan Drijber en Boots over de modernisering van het uitvoeringsmodel, waarbij voorop stond dat aanpassingen in het uitvoeringsmodel mededingingsrechtelijk in orde moesten zijn en niet ten koste mochten gaan van het collectieve en solidaire karakter van Nederlandse pensioenregelingen, zoals tot uitdrukking kwam bij de Verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfondsen.

De Minister overwoog in het kader van de opdrachten aan Drijber en Boots: “essentieel voor de houdbaarheid van de Verplichtstelling zijn vooral de solidariteitskenmerken van de regeling” (zie over de vormen van solidariteit §4.3). Die solidariteit kan worden gewaarborgd via de verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds (of beroepspensioenregeling), doordat aan een fonds de eis van een doorsneepremie en de eis van één financieel geheel zijn op te leggen. Ook gaf hij aan niet voornemens te zijn om de praktijk van de verplichte deelneming in een pensioenfonds – zoals geregeld in de Wet Bpf 2000 – te wijzigen.

3.1.2 Historie Verplichtstelling beroepspensioenfondsen

Welgeteld 23.5 jaar nadat de Wet Bpf het licht zag, trad op 1 september 1972 de wet verplichte deelname in beroepspensioenfondsen (de “WVB”) in werking. Op grond van deze wet wordt aan beroepsgenoten de mogelijkheid geboden om in collectief verband, door middel van verplichte deelneming, de doelstelling van hun pensioenregeling te verwezenlijken.⁸⁵ De WVB is een raamwet. De beroepsgroep stelt zelf de inhoud van de beroepspensioenregeling vast en de Minister kan op verzoek besluiten de deelneming in de pensioenregeling verplicht te stellen voor een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten.

Oorspronkelijk had de Minister beoogd dat de Wet Bpf zich naast werkgevers, werknemers en zelfstandigen, ook op beroepsgenoten zou richten. Op de laatste dag van de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel besloot de Minister echter om zelfstandige beroepsgenoten en beroepsgenoten in loondienst niet onder de reikwijdte van de wet te laten vallen. De voornaamste reden was dat de verschillen (in terminologie) tussen werknemers en beroepsgenoten tot te uitgebreide en onduidelijke wetgeving zouden leiden. Het wetsvoorstel Wet Bpf werd daarom op de valreep beperkt tot werkgevers, hun werknemers en zelfstandigen, voor zover onder de reikwijdte van de Verplichtstelling gebracht.⁸⁶

Het bleef in de daarop volgende periode gebruikelijk voor beroepsgenoten dat zij zelf pensioenvoorzieningen – in vrijheid – regelden. Beroepsgenoten gingen echter steeds meer de behoefte voelen om aanvullende pensioenvoorzieningen te treffen die slechts in collectief verband tot stand konden worden gebracht, net als bij de Wet Bpf.

⁸³ Zie de begeleidende brief van de staatssecretaris van SZW aan de Tweede Kamer d.d. 13 november 2001 met alternatieven voor de Verplichtstelling bij: *Kamerstukken II 2000/01, 26 537, nr 4 (“Brief Alternatieven Verplichtstelling”)*.

⁸⁴ Commissie Frijns 2010 en Commissie Goudswaard 2010.

⁸⁵ *Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 5 (MvA)*, p. 2.

⁸⁶ *Kamerstukken II, 1948/49, 785, vel 81*, p. 305.

De directe aanleiding voor het wetsvoorstel WVB was een geschil tussen de Landelijke Huisartsen Vereniging en de organisaties van ziekenfondsen, dat leidde tot het verzoek van de huisartsen om Verplichtstelling van een collectieve beroepspensioenregeling mogelijk te maken.⁸⁷ Daarnaast hadden ook de specialisten, tandartsen en apothekers aangegeven graag een collectief verplicht te stellen pensioenvoorziening in het leven te willen roepen.⁸⁸

3.1.2.1 Het begrip ‘beroepsgenoot’

Het voorontwerp van wet WVB had in eerste instantie slechts betrekking op natuurlijke personen die het vrije beroep uitoefenen. Het vrije beroep was ingevolge het voorontwerp gedefinieerd als een beroep, dat zelfstandig, anders dan in een onderneming, wordt uitgeoefend.⁸⁹ Op advies van de Sociaal-Economische Raad werd de werkingssfeer van de WVB verruimd van vrije beroepsgenoten tot beroepsgenoten.⁹⁰

De Sociaal Economische Raad (“SER”) had geadviseerd dat de criteria ‘zelfstandig’ en ‘anders dan in een onderneming’ te beperkend zouden werken gezien de maatschappelijke ontwikkelingen.⁹¹ In de praktijk kwam het in toenemende mate voor dat zelfstandigen – in de maatschappelijke zin van het woord – in loondienst waren van andere beroepsgenoten, of binnen de rechtsvorm van de N.V. het zelfstandige beroep uitoefenden. Het was niet onaannemelijk volgens de SER dat de behoeften van zelfstandige ondernemers, zoals aannemer en kruideniers, overeenkwamen met de behoeften van vrije beroepsbeoefenaars, zoals architecten en accountants, voor wat betreft de verplichte deelneming in een pensioenregeling. Dit materiële argument pleitte ingevolge de SER voor een uitbreiding van de werkingssfeer van de WVB.⁹²

3.1.2.2 Doelstelling Verplichtstelling beroepspensioenregeling

Met de Verplichtstelling wordt tegemoet gekomen aan de behoefte onder vrije beroepsgenoten om in collectief verband een pensioenvoorziening te treffen. Een Verplichtstelling kan naar het oordeel van het kabinet alleen gehandhaafd worden indien daaraan strikte eisen ten aanzien van solidariteit en representativiteit worden gesteld. Die eisen zijn in de WVB opgenomen.⁹³

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is ernaar gestreefd om voor de beroepsgenoten een regeling te treffen analoog aan die van de Wet Bpf.⁹⁴ Dit streven is op hoofdpunten gehaald. De grondslag voor de beperking van de concurrentie op het vlak van de collectieve pensioenvoorziening werd ook voor de beroepsgenoten – zowel in het vrije beroep als in de andere takken van beroep – wettelijk verankerd. Voorts diende de Wet tot invoering van een leeftijdsgrens voor het notarisambt en oprichting van een notarieel pensioenfonds uit 1954 (“**Wet op het Notarisambt**”) als inspiratiebron voor de totstandkoming van de WVB. Op grond van deze Wet op het Notarisambt werden notarissen en kandidaat-notarissen verplicht deel te nemen in het notariële pensioenfonds. De Minister overwoog in dat verband dat niet goed viel in te zien “waarom aan advocaten, accountants enz. zou mogen worden onthouden [lees: de verplicht

⁸⁷ Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 3 (MvT), p. 8.

⁸⁸ Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 5-6 (MvA), p. 6.

⁸⁹ SER-Advies 1968, p. 7 en 8.

⁹⁰ SER-Advies 1968. Het advies van de SER heeft op meerdere punten aanzienlijke invloed gehad op de inhoud van de WVB.

⁹¹ SER-Advies 1968, p. 8.

⁹² SER-Advies 1968, p. 9.

⁹³ Beleidsregels van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 2006, nr. AV/PB/06/102511b, met betrekking tot het aanvragen, wijzigen of intrekken van de Verplichtstelling op grond van de WVB (“Toetsingskader WVB”), artikel 1.

⁹⁴ Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 3 (MvT), p. 8 en nr. 5 (MvA) p. 2 en 6.

gestelde pensioenregeling] wat voor notarissen wel al gelding had”.⁹⁵ De Minister gaf in de Memorie van Toelichting aan dat hij de volgende doelstellingen die behaald konden worden middels een collectieve beroepspensioenregeling het belangrijkste achtte.⁹⁶

- De “aanpassing van het post-actieve inkomen aan het stijgende algemene inkomenspeil”;
- de mogelijkheid “om de jongere beroepsgenoten via een stelsel van technische doorsneepremies te laten bijdragen in de hogere lasten van de voorzieningen voor oudere beroepsgenoten” (de ‘solidariteitsgedachte’);
- de mogelijkheid om in een collectieve regeling pensioenrechten toe te kennen over jaren gelegen vóór de inwerkingtreding van de regeling.
- De voorgaande doelen kunnen slechts worden bereikt indien de Verplichtstelling een ieder die werkzaam is binnen de beroepsgroep betreft.⁹⁷ Dit voorkomt dat degenen met ‘slechte’ risico’s achterblijven in het fonds en de pensioenen alleen kunnen verzekeren tegen onaanvaardbaar hoge kosten.

In de literatuur zijn aan bovenstaande belangen van een collectief verplicht gestelde beroepspensioenregeling onder meer toegevoegd⁹⁸:

- Het profiteren van gunstige verzekeringsvoorwaarden door schaalvoordelen.
- de opbouw van de pensioenaanspraak is fiscaal onbelast, pas de uitkering is belast (de ‘omkeerregel’).

Bovenstaande doelstellingen kunnen vanzelfsprekend ook worden bereikt voor werknemers en zelfstandigen, door de deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen.

3.1.2.3 Keuze voor Verplichtstelling beroepspensioenregeling

In afwijking van de Wet Bpf 2000, wordt op grond van de WVB deelneming in een pensioenregeling verplicht gesteld en niet de deelneming in het fonds. Op verzoek van een beroepspensioenvereniging wordt een beroepspensioenregeling uitgevoerd door een pensioenuitvoerder, een buitenlandse pensioeninstelling (zie art. 193 WVB) of een verzekeraar met zetel in het buitenland, die de benodigde vergunningen heeft. Een PPI mag de regeling ook uitvoeren, mits het een premieregeling betreft waarbij de PPI geen risico draagt (zie art. 8 WVB).

Nadat de Wet Bpf inwerking was getreden, werd de behoefte aan eigen collectieve pensioenregeling door de beroepsgenoten in een aantal beroepsgroepen steeds belangrijker gevonden. Het betrof voorzieningen die alleen in collectief verband tot stand konden worden gebracht (zie §3.1.2.3), waaronder de voorzieningen op grond waarvan jongeren bij zouden dragen aan de pensioenen van ouderen (‘intergenerationele solidariteit’) en een doorsneepremie dienden te voldoen.

Het advies van de SER uit 1968 heeft grote invloed gehad op de keuze voor de Verplichtstelling van de pensioenregeling, in plaats van de Verplichtstelling van het fonds.⁹⁹ Het voorontwerp van wet had zich net als bij de Wet Bpf beperkt tot de verplichte deelneming in een beroepspensioenfonds. De SER adviseerde echter aan de regering om het wetsontwerp een

⁹⁵ Zie ook SER-Advies 1968, p. 5 en 6.

⁹⁶ *Kamerstukken II 1969/70*, 10 216, nr. 3 (MvT), p. 8.

⁹⁷ *Kamerstukken II 1969/70*, 10 216, nr. 3 (MvT), p. 8.

⁹⁸ Bijl 1989, p. 2, onder verwijzing naar Maeijer 1973, p. 38.

⁹⁹ SER-Advies 1968.

ruimere strekking mee te geven.¹⁰⁰ Het advies luidde dat de WVB betrekking diende te hebben op de Verplichtstelling van de pensioenregeling, omdat daardoor ‘een betere aanpassing mogelijk zou zijn aan de grote verscheidenheid van behoeften en omstandigheden die zich in de verschillende takken van beroep konden voordoen’.¹⁰¹ Ondernemersvrijheid en ondernemersverantwoordelijkheid waren derhalve van belang.

In de praktijk zou de wettelijke verruiming tot Verplichtstelling van de regeling volgens de SER bijvoorbeeld van betekenis zijn, indien bij de invoering van een beroepspensioenregeling een belangrijk aantal beroepsgenoten reeds voor zichzelf pensioenverzekeringen had afgesloten. Door in een dergelijk geval geen verplicht gesteld fonds op te richten, maar slechts in de verplicht gestelde pensioenregeling te verplichten tot het sluiten van specifieke pensioenverzekeringen, met een bepaalde minimuminhoud¹⁰², kon worden vermeden dat aan al degenen die reeds een eigen, bevredigende voorziening hadden getroffen, ontheven zouden moeten worden van deelneming. Het veelvuldig moeten verlenen van ontheffing zou ingevolge de SER gemakkelijk het draagvlak kunnen verminderen en de levensvatbaarheid kunnen ondermijnen. Dit zou slechts anders zijn indien het fonds verplicht zou worden gesteld en het fonds zich zuiver zou beperken tot aanvullende pensioenvoorzieningen die niet middels individuele verzekeringen tot stand zouden komen. De SER adviseerde de naam van het wetsvoorstel te wijzigen in: de Wet betreffende verplichte deelneming aan een beroepspensioenregeling (de ‘WVB’).¹⁰³

Het advies van de SER werd door de regering deels gevolgd. Zo werd de pensioenregeling verplicht gesteld en de naamswijziging van het wetsontwerp doorgevoerd, waardoor het mogelijk werd om aan te passen aan de behoeften en omstandigheden van de betrokken beroepsgenoten. De grote mate van flexibiliteit die de SER voorstond ten aanzien van in- en uittreding en de keuze voor eigen individuele pensioenverzekeringen werd niet gevolgd door de regering. Het werd van (groter) belang gevonden dat het belang van de beroepsgenoten als groep tot recht kon komen. Dit betekende, dat in beginsel alle beroepsgenoten gehouden moesten zijn tot deelneming in de pensioenregeling, behoudens vrijstelling. Indien in concrete gevallen zou blijken dat de deelneming geen individueel belang zou opleveren, dan moest dat worden geaccepteerd, ‘omdat immers elke groepsregeling beperking van een individuele vrijheid inhoudt’.¹⁰⁴

3.1.3 Tussenconclusie

Oorspronkelijk betrof het wetsvoorstel Wet Bpf (thans: de Wet Bpf 2000) zowel werknemers en zelfstandigen, als zelfstandige beroepsgenoten. Laatstgenoemde categorie werd uiteindelijk buiten de reikwijdte van de Wet Bpf geplaatst. Voldoende representatieve sociale partners in een bedrijfstak bepalen tot wie de reikwijdte van de Verplichtstelling zich uitstrekt. De aanvraag tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds wordt voorgelegd aan de Minister. In de WVB, die pas vele jaren na de Wet Bpf het licht zag, is een soortgelijke Verplichtstelling voor beroepspensioenregelingen in het leven geroepen. De werkingssfeer van de Verplichtstelling wordt overeengekomen door een representatieve beroepspensioenvereniging in de beroepsgroep en kan zowel zelfstandige beroepsgenoten als beroepsgenoten in loondienst betreffen. Het zwaartepunt dient echter bij de zelfstandigen te liggen.

¹⁰⁰ SER-Advies 1968, p. 6 en 7.

¹⁰¹ SER-Advies 1968, p. 6 en 7.

¹⁰² SER-Advies 1968, p. 7.

¹⁰³ SER-Advies 1968, p. 7.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1969/70, 10 216, nr. 5 (MvA), p. 3.

Een verschil tussen de beide Verplichtstellingen is, dat bij bedrijfstakpensioenfondsen de deelneming in het fonds verplicht wordt gesteld door de Minister, terwijl bij beroepspensioenfondsen gekozen is voor een Verplichtstelling tot deelneming in een pensioenregeling, in plaats van een pensioenfonds, met onderbrenging naar keuze. Dat kan zijn bij een pensioenuitvoerder, een buitenlandse pensioeninstelling, een verzekeraar met zetel in het buitenland of PPI.

Voor beroepsgenoten is flexibiliteit in de keuze voor het (individueel) verzekeren van een pensioen met een bepaald minimumniveau, of de collectieve onderbrenging bij een beroepspensioenfonds naar keuze van belang. Beroepsgenoten zijn immers ondernemers, die voor een bepaalde mate van verantwoordelijkheid hebben gekozen en waarbij het nodig is aan te kunnen sluiten bij hun behoeften en omstandigheden. Dat laat niet onverlet dat het belang van een enkeling door de Verplichtstelling opzij kan worden gezet, ten behoeve van een meerderheid. De parlementaire geschiedenis bij de WVB vermeldt, dat deze wetgeving voort is gekomen uit de behoefte van de beroepsgenoten om een collectieve pensioenregeling te kunnen sluiten, die het mogelijk maakt resultaten te behalen die niet op individueel niveau kunnen worden bereikt.

De verplichting tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, kan niet aan andere pensioenuitvoerders worden opgelegd. Gezien de parlementaire behandeling bij de Wet Bpf, is niet onderzocht of er minder ingrijpende alternatieven bestonden voor de verplichte deelneming in het fonds, die leidden tot een zelfde resultaat. Ik vermoed dat de verklaring hiervoor is, dat werd gezocht naar mogelijkheden om het systeem van Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet AVV, te verbeteren. Een lacune in het bestaande systeem was bijvoorbeeld dat ongeorganiseerde werknemers wel konden worden gebonden, maar ongeorganiseerde werkgevers niet.

De basisprincipes die ten grondslag liggen aan de Verplichtstelling bij bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen zijn solidariteit en collectiviteit. Met de mogelijkheid voor de Minister om verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling op te leggen, zijn tijdens de parlementaire behandeling een aantal doelstellingen beoogd. In de WVB is aansluiting gezocht bij de doelstellingen van de Wet Bpf 2000. De doelstellingen van de Minister met de Verplichtstelling worden genoemd in volgorde van belang die daaraan werd gehecht tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Bpf:

1. Het aansluiten van een ieder die binnen de werkingssfeer van de verplichtstelling, waardoor ook degenen die zich niet vrijwillig aansluiten bij het fonds aan de statuten en reglementen worden gebonden, behoudens verkregen vrijstelling.¹⁰⁵
 - a. De deelnemers met ‘goede’ risico’s kunnen zich daardoor niet onttrekken aan deelneming,
 - b. dit komt de betaalbaarheid van de pensioenen voor degenen met ‘slechte’ risico’s ten goede en heeft een positieve uitwerking op de instandhouding van de Verplichtstelling
2. Orde en rust binnen de bedrijfstak of beroepsgroep door de concurrentiebeperking. De ondergraving van de arbeidsvoorwaarde pensioen en de concurrentie op loonkosten wordt zoveel mogelijk voorkomen door de Verplichtstelling. Werknemers ontvangen een (minimum)pensioen in aanvulling op de AOW.
3. In de wetsvoorstellen Wet Bpf en WVB is het belang van de risicosolidariteit en intergenerationele solidariteit voor de solidariteit benadrukt; en
4. het belang van de doorsneepremie vanwege het solidaire karakter.

¹⁰⁵ Ingeval een beroepspensioenregeling niet wordt uitgevoerd door een beroepspensioenfonds, vindt binding niet rechtstreeks via de statuten en reglementen van het fonds plaats.

In paragraaf 3.3.1 wordt gezien of de Verplichtstelling op dit moment in overeenstemming is met de nationale wet- en regelgeving. Dezelfde vraag wordt behandeld aan de hand van het EU-mededingingsrecht en het vrij verkeer van goederen en diensten (§3.3.2, §3.3.3 en §3.4). Daaraan gaat een bespreking van het concurrentieverschil tussen (verplicht gestelde) fondsen verzekeraars vooraf, dat optreedt door de Verplichtstelling (§3.2).

3.2 Concurrentieverschil tussen pensioenfondsen en verzekeraars

Het instrument van de Verplichtstelling staat van nature op gespannen voet met de vrije marktwerking. In Nederland kwam deze spanning de laatste decennia duidelijk aan het licht, doordat de bevordering van de werking van de vrije markt steeds een belangrijk speerpunt van het nationale en internationale economische beleid is geweest. De vraag of de concurrentiepositie van verzekeraars en de marktwerking niet te veel beperkt werd door de monopoliepositie van de verplicht gestelde pensioenfondsen, is sinds het midden van de jaren negentig regelmatig gesteld.

3.2.1 Voorgeschiedenis taakafbakening

De kabinetsnota “Naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en Verplichtstelling”¹⁰⁶ vormde in 1996 het startschot voor de discussie over de taakafbakening. Uitgangspunt van de kabinetsnota was dat de werkerterreinen van de pensioenfondsen en verzekeraars duidelijk van elkaar dienden te worden afgebakend, ter rechtvaardiging van de bijzondere positie die pensioenfondsen innamen ten opzichte van verzekeraars. De nota besteedde in dat kader uitdrukkelijk aandacht aan de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Het kabinet gaf aan het als risicovol te beschouwen dat het bestaansrecht van de Verplichtstelling sterk onder druk zou kunnen komen te staan door (verdere) discussies over oneerlijke concurrentie. De kabinetsnota werd daarom door het kabinet mede ingezet om het instrument van de Verplichtstelling veilig te stellen. De nota mondde uiteindelijk mede uit in de Regeling taakafbakening¹⁰⁷, die inmiddels is vervallen en geïmplementeerd in de Pensioenwet. Een andere reden voor de invoering van de regels inzake taakafbakening was dat sprake was van een groeiend aanbod van vrijwillige voorzieningen door pensioenfondsen. De fondsen waren hierin gestimuleerd doordat het Besluit Pensioentoezeggingen uit 1997¹⁰⁸ bepaalde dat een werkgeversbijdrage niet langer noodzakelijk was voor het bestaan van een pensioenovereenkomst in de zin van de Pensioenwet (de toenmalige PSW). De vergroting van het werkerterrein van pensioenfondsen diende volgens de verzekeraars en de wetgever te worden ingeperkt, zodat sprake kon zijn van eerlijke concurrentie.

3.2.2 Verschillende uitgangsposities pensioenfondsen en pensioenverzekeraars

Tussen pensioenfondsen en pensioenverzekeraars bestaan verschillen in uitgangspositie, indien naar de mogelijkheden tot marktwerking wordt gekeken. Dat komt tot uiting in verschillende wettelijke voorschriften voor fondsen en verzekeraars. Zuivere concurrentie tussen hen bestaat er niet ten aanzien van prijs- en kwaliteitverhoudingen. Daar zou slechts sprake van kunnen zijn wanneer zij beide volledig gelijke wettelijke mogelijkheden zouden hebben op de markt. Verschillende uitgangsposities kunnen echter ook leiden tot een goede marktwerking. De pensioenfondsen en pensioenverzekeraars dienen dan beide optimaal gebruik te maken van de eigen sterke bestaanspunten.¹⁰⁹

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 014, nr. 1.

¹⁰⁷ *Stcrt.* 2000, 249. Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 30 413, nr. 93 (bijlage 2 bij brief AV/PB/2006/100941, p. 3).

¹⁰⁸ *Stb.* 1997, 36.

¹⁰⁹ PVK studie 1995, p. 38.

Pensioenfondsen, waaronder de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen, onderscheiden zich op een aantal vlakken wezenlijk van verzekeraars. Kenmerkend voor pensioenfondsen is onder meer dat deze, in tegenstelling tot verzekeraars, zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting en deels onder een ander toezichtregime vallen. Daar staat onder meer tegenover dat pensioenfondsen moeten voldoen aan de eis van één financieel geheel (zie art. 123 Pensioenwet) en dat zij in beginsel geen derdepijlerproducten mogen verzekeren op grond van de regels over taakafbakening (zie art. 118-120 PW).

De verschillen tussen het wettelijk en regelgevend kader waaraan pensioenfondsen en verzekeraars moeten voldoen valt te verklaren door de verschillen tussen hen in aard, verantwoordelijkheid en doelstelling.¹¹⁰ Zo behoeven pensioenfondsen niet naar winst te streven, terwijl verzekeraars dat doorgaans wel doen. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en verplicht gestelde beroepspensioenregelingen hebben sociale doelstellingen en zijn op grond van de wet gehouden een doorsneepremie in rekening te brengen. Deze premie heeft een solidair karakter, aangezien een ieder dezelfde premie voldoet en individuele risico's derhalve niet tot uiting komen in de premie (zie art. 116, 117 en 118-120 Pensioenwet). In tegenstelling tot verzekeraars, voeren verplicht gestelde pensioenfondsen doorgaans DB-regelingen uit. Binnen dit type regelingen is sprake van een hoge mate van solidariteit, omdat niet alleen sprake is van doorsneepremie, maar ook van doorsnee-opbouw; dit heeft risicosolidariteit en intergenerationele solidariteit binnen de bedrijfstak of beroepsgroep ten gevolge.

Ter voorkoming van het verkrijgen van een oneigenlijke concurrentiepositie van pensioenfondsen ten opzichte van pensioenverzekeraars, dienen de fondsen zich te houden aan de productafbakening en domeinafbakening. In paragraaf 2.2 is besproken dat pensioenfondsen door de productafbakening in beginsel gehouden zijn zich alleen bezig te houden met activiteiten die direct verband houden met de hoofdtaak, zoals gedefinieerd in de Pensioenwet (zie art. 116 PW). In de pensioenproducten komen de wezenskenmerken van de (verplicht gestelde) pensioenfondsen, te weten solidariteit en collectiviteit, tot uiting. De consequentie van de domeinafbakening is dat ondernemingspensioenfondsen uitsluitend één of meer regelingen mogen uitvoeren voor één onderneming, of een groep van onderneming. Sinds de introductie van de Multi-opf is de domeinafbakening opgerekt doordat bestaande ondernemingspensioenfondsen die in verschillende bedrijfstakken opereren in een Multi-opf kunnen samengaan. Een bedrijfstakpensioenfonds mag één of meer regelingen uitvoeren voor één of meer (delen van) bedrijfstakken. De domeinafbakening en productafbakening blijven van kracht indien een pensioenfonds grensoverschrijdende activiteiten verricht.¹¹¹

Voorts zijn er markt- en overheidsbepalingen en regels inzake conglomeraatvorming en nevenactiviteiten die erop zijn gericht oneigenlijk concurrentievoordeel door pensioenfondsen te voorkomen (zie §2.4 en §2.5) en zijn er regels inzake het mededingingsrecht en het vrij verkeer van toepassing die van belang kunnen zijn voor de Verplichtstelling. Laatstgenoemde regels worden onderstaand besproken.

¹¹⁰ Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26 537, nr. 4, p. 23.

¹¹¹ Ministerie van sociale Zaken en Werkgelegenheid, 'Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen, een achtergrondnotitie', bijlage 2 bij brief AV/PB/2006/100941, p. 3. Zie ook de Hoofdlijnennotitie 2007; de brief van de staatssecretaris van SZW en de Minister van Financiën d.d. 14 december 2012, met kenmerk AV/PB/2012/16691; de bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/12, 32 043, nr. 150; en het consultatiedocument Algemene Pensioeninstelling (API) d.d. 28 februari 2013. De domeinafbakening zal worden geschrapt voor pensioenuitvoerders, met uitzondering van de bedrijfstakpensioenfondsen. Een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kan zich niet omvormen tot API.

3.3 Het mededingingsrecht

De Verplichtstelling leidt onherroepelijk tot een beperking van de vrije markt. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en pensioenuitvoerders van verplicht gestelde beroepspensioenregelingen verkrijgen voor een afgebakende bedrijfstak of beroepsgroep een monopoliepositie, ten koste van andere pensioenuitvoerders in de tweede pijler.

In deze paragraaf wordt eerst gezien of de beperking van de mededinging toelaatbaar is op grond van het nationale mededingingsrecht (§3.3.1), het recht van de EU (§3.3.2) en de rechtspraak van het HvJEU (§3.3.3). Vervolgens wordt besproken of de Verplichtstelling verenigbaar is met de regels van het vrij verkeer van diensten en vestiging en de rechtspraak van het HvJEU op dat punt (§3.4). Het hoofdstuk eindigt met een tussenconclusie (§3.5).

3.3.1 Nationaal mededingingsrecht

De monopoliepositie die verplicht gestelde fondsen op grond van de Wet Bpf 2000 en de WVB kunnen verkrijgen binnen respectievelijk hun branche en beroepsgroep is in Nederland wettelijk aan banden gelegd door middel van de zogenaamde markt- en overheidsbepalingen die gelden op de vrije markt, de verplichte vrijstellingsgronden in het Vrijstellingsbesluit en de bepalingen inzake taakafbakening, conglomeraatvorming en nevenactiviteiten in de Wet Bpf 2000, de WVB en Pensioenwet (zie §2.2 t/m §2.5).

In artikel 16 van de Mededingingswet is aan de collectieve overeenkomsten in een bedrijfstak of beroepsgroep, die uitsluitend betrekking hebben op aanvullende pensioenen en die zijn gesloten door respectievelijk sociale partners of een organisatie van beoefenaren van een vrij beroep, immuniteit verleend voor het kartelverbod (zie art. 16 jo art. 6 lid 3 Mw).

De toelaatbaarheid van de concurrentiebeperking is sinds de parlementaire behandeling van de (rechtsvoorganger van) de Wet Bpf 2000 met name door pensioenverzekeraars veelvuldig ter discussie gesteld. Het openstellen van de markt van verplicht gestelde aanvullende pensioenen, zou volgens hen door concurrentiewerking in de vrije markt tot een optimalere (economische) situatie kunnen leiden in de markt. De pensioenuitvoerders die een verplicht gestelde pensioenregeling uitvoeren hebben immers een monopoliepositie ten aanzien van de uitvoering van zo'n regeling, waardoor (kosten) efficiency prikkels kleiner zijn dan in een opengestelde markt. De wetgever is echter niet voor deze argumenten gezwaagd, gezien de belangen die de Verplichtstelling dient. De stand van zaken is derhalve dat het instrument van de Verplichtstelling op nationaal niveau wettelijk is gelegitimeerd, mits de daaraan gestelde voorwaarden niet worden overtreden.

3.3.2 Europees recht

In paragraaf 2.6 is het wettelijk kader van het EU-mededingingsrecht beschreven en de verhouding van het EU-recht tot het nationale recht. Het EU-recht vormt zoals gezegd een autonome rechtsorde. Deze rechtsorde heeft voorrang boven het nationale recht en werkt rechtstreeks door in de nationale rechtsorde.¹¹² Het beginsel van de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht heeft als consequentie dat Europese burgers zich rechtstreeks op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen voor hun nationale rechters. De EU-wetgever vervult in hoofdzaak een ondersteunende en aanvullende rol op het terrein van het verwezenlijken van sociale en economische doelstellingen bij de aanvullende pensioenvoorzieningen.

¹¹² HvJEU, 5 februari 1963, C-26/62, Jurispr. 1963, p. I-00003 ('Van Gent en Loos').

Bij het verwezenlijken van sociale en economische doelstellingen, geeft het VWEU de kaders van het mededingingsrecht aan waarbinnen de nationale wet- en regelgeving over aanvullende pensioenen zich moet begeven. In Protocol nr. 27, artikel 4 lid 3 VEU en de artikelen 101, 102 en 106 VWEU, zijn bepalingen betreffende de interne markt en de mededinging opgenomen. Voorts geeft de IORP-Richtlijn, die is geïmplementeerd in de Pensioenwet, regels die betrekking hebben op het mededingingsrecht. De betekenis van deze bepalingen komt in paragraaf 3.3.3 aan bod. Het vrij verkeer van diensten en vestiging wordt besproken in paragraaf 3.4.

De EC controleert of de lidstaten het EU-recht naleven. Het hoogste niveau waarop uitsluitel kan worden gegeven over de verenigbaarheid van de Verplichtstelling met het Europese (mededingings)recht is dat van het HvJEU. In de volgende paragrafen wordt de stand van zaken beschreven met betrekking tot de verenigbaarheid van de Verplichtstelling met het EU-recht.

3.3.3 Rechtspraak HvJEU

Het HvJEU heeft in het verleden geoordeeld over de verenigbaarheid van de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de verplicht gestelde beroepspensioenregeling met de regels van het mededingingsrecht op het niveau van de EU. Onderstaand wordt de stand van zaken van deze rechtspraak besproken. In hoofdstuk 5 worden een aantal recente ontwikkelingen die mogelijk effect hebben op de houdbaarheid van de Verplichtstelling besproken en in hoofdstuk 4 en 6 worden een aantal aangedragen alternatieven voor en binnen de Verplichtstelling getoetst aan de rechtspraak van het HvJEU.

3.3.3.1 *Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen*

Een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds is ingevolge het HvJEU een aan een arbeidscontract verbonden voordeel dat de werkgevers enkel aan hun werknemers bieden.¹¹³ Het HvJEU heeft in het vorige millennium naar aanleiding van prejudiciële vragen geoordeeld, dat de Nederlandse Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds toelaatbaar is op grond van het Europese mededingingsrecht. Dat geschiedde op 21 september 1999, in de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken (hierna ook: “**Brentjens c.s.**”).

In deze zaken hadden de werkgevers in kwestie een geschil met verschillende verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen over de premiebetaling en de weigering om vrijstelling van deelname te verlenen.¹¹⁴ Deze arresten neem ik bij de bespreking van de rechtspraak van het HvJEU als leidraad, aangevuld met verdere relevante rechtspraak van het Hof op dit punt. Het Kantongerecht te Arnhem stelde de volgende prejudiciële vragen aan het HvJEU over de uitlegging van de (huidige) artikelen 101, 102 en 106 VWEU, in samenhang met artikel 4 lid 3 VEU.¹¹⁵

1. Is het verplicht stellen van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van een door een lidstaat genomen maatregelen strijdig met de doelstellingen van het communautaire mededingingsrecht (‘kartelverbod’)?

¹¹³ HvJEU, 7 maart 2013, C-424/119, Jurispr. 2013, p. I-0023 (‘Wheels’), r.o. 25 en 26. In deze uitspraak overwoog het HvJEU dat een collectief bedrijfspensioenfonds waaraan de deelneming is verplicht gesteld geen icbe is in de zin van artikel 13, B, sub d, punt 6, van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) en artikel 135 lid 1, sub g, van richtlijn 2006/112/EG. De icbe en het pensioenfonds verschillen op meerdere punten en voorzien niet in dezelfde behoeften. Het pensioenfonds in kwestie concurreert volgens het HvJEU derhalve niet met de icbe.

¹¹⁴ HvJEU, zaak C-67/96, Jurispr. 1999, p. I-5751 (‘Albany International’), zaken C-115/97 t/m 117/97, Jurispr. 1999, p. I-6025 (‘Brentjens’) en zaak C-219/97, Jurispr. 1999, p. I-5121 (‘Maatschappij Drijvende Bokken’).

¹¹⁵ In eerdere arresten had het HvJEU de (laatste drie) vragen over de verenigbaarheid van het Nederlandse stelsel van verplichte deelneming met de communautaire mededingingsregels onbeantwoord gelaten. Het betrof de zaken C-430/93 en C-431/95, Jurispr. p. I-4705 (‘Van Schijndel’).

2. Is een door de overheid verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, dat aanvullend pensioen beheert voor de bedrijfstak, een onderneming in de zin van het communautaire mededingingsrecht (zie art. 101 VWEU e.v.)?
3. Kan het uitsluitende recht van de fondsen en de concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, gerechtvaardigd worden 'als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang' (zie art. 106 lid 2 VWEU)?

De beantwoording van bovenstaande vragen vindt onderstaand plaats aan de hand van de rechtspraak van het HvJEU.

3.3.3.1.1 Relatieve immuniteit voor het kartelverbod

De eerste vraag is of het verplicht stellen van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van een door een lidstaat genomen maatregel, strijdig is met de doelstellingen van het EU-mededingingsrecht. Daarbij staat voorop dat de Gemeenschap een taak heeft op sociaal gebied. Het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit en van een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming behoort tot die taken (art. 2 VWEU). Samen met de lidstaten streeft de Gemeenschap naar onder meer verbetering van de levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden en de bestrijding van uitsluiting (zie art. 101 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek).

Vervolgens is relevant, dat artikel 101 VWEU alle overeenkomsten verbiedt tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalt. Overeenkomsten en besluiten die verboden zijn op grond van artikel 101, zijn van rechtswege nietig (art. 101 lid 2 VWEU). Door het HvJEU wordt echter erkend dat een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan (aanvullende) collectieve pensioenovereenkomsten, waarvan sociale partners de Verplichtstelling verzoeken aan de Minister (zie art. 4 lid 1 en 2 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek). De verwezenlijking van de met deze collectieve overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek zou ernstig worden belemmerd als de sociale partners zich bij hun inspanningen om de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren aan het kartelverbod in artikel 101 VWEU zouden moeten houden.

Het kartelverbod kan op grond van artikel 101 lid 3 buiten toepassing worden verklaard voor de collectieve overeenkomst, die op grond van een verzoek van sociale partners verplicht is gesteld en waaruit verplichte deelneming aan een pensioenregeling voortvloeit (de "**relatieve immuniteit**"). Buiten toepassing verklaring kan geschieden wegens de aard en doelstellingen van de overeenkomst. Voor de toepasselijkheid van de relatieve immuniteit moet aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden worden voldaan (zie art. 101 lid 3 VWEU):

1. De beperking dient een economische of technische meerwaarde te hebben: deze moet 'bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten';
2. Een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen;
3. De beperking van de concurrentie moet noodzakelijk zijn om de positieve aspecten te verwezenlijken (de "**noodzakelijkheidstoets**");
4. De mededinging mag voor een wezenlijke deel van de betrokken producten niet worden uitgeschakeld, er moet voldoende restconcurrentie overblijven.

Het HvJEU heeft in de arresten Brentjens c.s. geoordeeld dat de aard en doelstellingen van de collectieve overeenkomst in kwestie rechtvaardigen dat er relatieve immuniteit voor het kartelverbod bestaat. Het Hof achtte daarbij kort gezegd van belang dat de overeenkomst in kwestie het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemersorganisaties ('aard van de overeenkomst'). En voorts dat een pensioenregeling, die verplicht wordt ingesteld voor een bedrijfstak en wordt beheerd door een pensioenfonds, een bepaald pensioenniveau verzekert en daarmee rechtstreeks bijdraagt aan de verbetering van arbeidsvoorwaarden ('doel van de overeenkomst').

Ten aanzien van de mededingingsrechtelijke legitimiteit van het Verplichtstellingsbesluit van de Minister, overweegt het Hof als volgt. Alhoewel het kartelverbod in artikel 101 lid 1 VWEU zich slechts richt op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke maatregelen van lidstaten, volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat lidstaten geen maatregelen mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken (de "**nuttig-effectregel**").¹¹⁶ Daar is in ieder geval sprake van indien een lidstaat het totstandkomen van afspraken die strijdig zijn met artikel 101 VWEU oplegt of begunstigt, of de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen over te dragen.¹¹⁷ De nuttig-effectregel brengt het algemeen regelgevend optreden van de nationale overheden binnen de reikwijdte van het EU-mededingingsrecht.¹¹⁸

Het HvJEU overweegt dat de Verplichtstellingsbeschikking een regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied betreft. Daar de collectieve overeenkomsten in kwestie niet onder het kartelverbod vallen door de relatieve immuniteit, zijn de lidstaten vrij de aansluiting verplicht te stellen voor personen die geen partij zijn bij deze overeenkomsten. Het besluit van de Nederlandse overheid om op verzoek van sociale partners deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen, is dan ook niet te beschouwen als een handeling die de totstandkoming van met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsregelingen oplegt, stimuleert of versterkt. Een dergelijk besluit valt niet in de categorie van regelgevende maatregelen die afbreuk doen aan het nuttig effect van de artikelen 101 VWEU en artikel 4 lid 3 VEU.¹¹⁹

¹¹⁶ Zie o.a. de arresten van het HvJEU van 17 november 1993, C-2/91, Jurispr. 1993, p. I-5751, r.o. 14 ('Meng'); en de arresten van 18 juni 1998, C-35/96, Jurispr. 1998, p. I-3851, r.o. 53 en 54 ('Commissie/Italië').

¹¹⁷ HvJEU 21 september 1988, nr. C-267/86, Jurispr. 1988, p. I-4769 (Van Eycke), r.o. 16.

¹¹⁸ Amtenbrink en Vedder 2008, nr. 101.

¹¹⁹ Zaken C-115/97 t/m 117/97, Jurispr. 1999, p. I-6025 ('Brentjens'), r.o. 68 en 69.

3.3.3.1.2 Kwalificatie onderneming

De volgende prejudiciële vraag in de arresten Brentjens c.s. luidt, of een door de overheid verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, dat aanvullend pensioen beheert voor de bedrijfstak, een onderneming is in de zin van artikel 101 e.v. VWEU. Indien sprake is van een instantie die kwalificeert als onderneming, dan is de consequentie dat deze zich aan de regels in de artikelen 101, 102 en 106 VWEU zal moeten houden. In feite had het voor de hand gelegen als deze prejudiciële vraag in de arresten Brentjens c.s. als eerst was behandeld. Na de arresten Brentjens c.s. heeft de rechtspraak zich verder ontwikkeld.

In paragraaf 3.3.1.2.1 worden de thans geldende criteria uiteengezet voor het bepalen of sprake is van een onderneming. Het is echter goed eerst notie te nemen van de overwegingen van het HvJEU in de arresten Brentjens c.s., aangezien deze specifiek de Verplichtstelling betreffen en nog steeds relevantie hebben. Ook de overwegingen in de latere arresten Poucet en Pistre¹²⁰ en Fédération Française des sociétés d'assurance e.a. ("**Fédération Française**")¹²¹ geven handvatten voor het inkleuren van het begrip 'onderneming' en worden onderstaand besproken, voorafgaand aan de in paragraaf 3.3.1.2.1 geformuleerde toets.

De arresten Brentjens c.s., Poucet en Pistre & Fédération Française

De verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en de Nederlandse regering trachten in de arresten Brentjens c.s. de toepasselijkheid van deze artikelen 101, 102 en 106 VWEU te vermijden. Zij hadden gesteld dat een verplicht gesteld pensioenfonds géén onderneming is in de zin van artikel 101 e.v. VWEU, maar een met het beheer van een socialezekerheidsstelsel belast orgaan. Zij haakten daarvoor aan bij de overwegingen in het arrest Poucet en Pistre¹²² en verwezen naar de sociale beschermingsgedachte achter de Verplichtstelling, het ontbreken van een winst oogmerk bij het bedrijfstakpensioenfonds, de inhoud van de pensioenregelingen die door sociale partners wordt overeengekomen en het gegeven dat de hoogte van de premies aan maxima en minima waren gebonden. Bovendien gaven zij aan dat een verplicht gesteld fonds op basis van solidariteit functioneert. Dat komt mede tot uiting in het hanteren van een doorsneepremie. Deze doorsneepremie is voor de Verplichtstelling onontbeerlijk.

Het HvJEU herhaalt in het arrest Brentjens c.s., dat volgens vaste rechtspraak een onderneming iedere eenheid is die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.¹²³ Vervolgens resumeert het HvJEU welke overwegingen er in het arrest Poucet en Pistre¹²⁴ toe hebben geleid dat géén sprake was van een onderneming in de zin van artikel 101 e.v. VWEU.

¹²⁰ HvJEU, 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91, Jurispr. 1993, p. I-637 ('Poucet en Pistre').

¹²¹ HvJEU, 16 november 1995, C-244/94, Jurispr. 1995, p. I-4013 ('Federation francaise des societes d'assurance e.a.').

¹²² HvJEU, 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91, Jurispr. 1993, p. I-637 ('Poucet en Pistre').

¹²³ Zie bijvoorbeeld het eerdere arrest van het HvJEU, 23 april 1991, C-41/90, Jurispr. 1991, p. I-1979, punt 21 ('Höfner en Elser') en HvJEU, 11 december 2007, C-280/06, Jurispr. 2007, p. I-10893 ('ETI e.a.').

¹²⁴ HvJEU, 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91, Jurispr. 1993, p. I-637 ('Poucet en Pistre').

In het arrest Poucet en Pistre was sprake van organen die waren belast met het beheer van bepaalde verplichte, op het solidariteitsbeginsel gebaseerde socialezekerheidsstelsels. Deze organen vielen volgens het HvJEU niet onder het ondernemingsbegrip, omdat in die zaak:

1. in het stelsel van ziekte en moederschapsverzekering, de uitkeringen voor alle aangeslotenen gelijk waren en de bijdragen evenredig waren aan het inkomen; en
2. in het stelsel van ouderdomsverzekering de financiering van de ouderdomspensioenen verzekerd werd door de actieve werknemers en de wettelijk vastgestelde pensioenrechten niet evenredig waren aan de betaalde bijdragen en de stelsels met een overschot bijdroegen aan de financiering van stelsels met structurele financiële problemen ('omslagstelsel').¹²⁵
3. Voor de solidariteit, genoemd onder sub (1) en (2) was het volgens het HvJEU noodzakelijk dat de verschillende stelsels door één orgaan werden beheerd en dat de aansluiting bij die stelsels van hogerhand verplicht was gesteld.

Het HvJEU vervolgt met de overweging dat in het arrest *Fédération Française*¹²⁶ daarentegen **wel** sprake was van een onderneming. In dat arrest was sprake van een orgaan zonder winstoogmerk, welke was belast met het beheer van een als aanvulling van een verplicht basisstelsel bedoeld stelsel van ouderdomsverzekering, dat bij wet als facultatief stelsel was ingevoerd. Het orgaan werkte volgens het kapitalisatiebeginsel, op grond van de door de bevoegde autoriteiten vastgestelde bepalingen, met name die inzake aansluitingsvoorwaarden, bijdragen en uitkeringen. De volgende elementen leidden er toe dat het HvJEU heeft geoordeeld dat sprake is van een economische activiteit en het concurreren met levensverzekeringsmaatschappijen:

1. de facultatieve deelneming;
2. toepassing van het kapitalisatiebeginsel; en
3. het feit dat de hoogte van de uitkeringen *uitsluitend* afhingen van de hoogte van de door de rechthebbende betaalde premies en van de opbrengsten van de door het beheersorgaan verrichte beleggingen.

De volgende elementen ontnemen volgens het HvJEU in het arrest *Fédération Française* *niet* het economisch karakter aan de door het beheersorgaan verrichte activiteit:

4. het nastreven van een sociaal doel¹²⁷;
5. het ontbreken van winstoogmerk;
6. de aanwezigheid van de solidariteitsaspecten in kwestie;
7. de door het beheersorgaan in acht te nemen beperkingen bij het beleggen.

Nadat het HvJEU in de arresten *Brentjens c.s.* uiteen heeft gezet waarom in het arrest *Poucet en Pistre* géén sprake was van een onderneming en in het arrest *Fédération Française* wel, komt het HvJEU in de arresten *Brentjens c.s.* tot het oordeel dat de bedrijfstakpensioenfondsen met verzekeringsmaatschappijen concurreren en een economische activiteit verrichten, aangezien:

1. het fonds zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalt;
2. het fonds werkt volgens het kapitalisatiebeginsel;

¹²⁵ Ook in het latere *Kattner Stahlbau* arrest was relevant voor de conclusie dat sprake was van een onderneming, dat er tussen de verschillende instellingen ('Berufsgenossenschaften') een vereveningssysteem bestond.

¹²⁶ HvJEU, 16 november 1995, C-244/94, Jurispr. 1995, p. I-4013 ('*Fédération Française*').

¹²⁷ Dat de aanwezigheid van een sociaal doel op zichzelf onvoldoende is om uit te sluiten dat de betrokken activiteit een economische activiteit is, is nadien onder meer bevestigd in HvJEU, 12 september 2000, C-180/98 t/m C-184/98, Jurispr. 2000, p. I-6497 ('*Pavlov*'), r.o. 118; HvJEU, 22 januari 2002, C-218/00, Jurispr. 2002 p. I-717 ('*Cisal*'), r.o. 37; en HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, Jurispr. 2009, p. I-01513 ('*Kattner Stahlbau*'), r.o. 42.

3. anders dan bij de zaak Poucet en Pistre, de hoogte van de door het fonds verstrekte uitkeringen afhangt van de opbrengsten van de beleggingen;
4. op de fondsen door dezelfde toezichthouder als de verzekeringsmaatschappijen toezicht wordt gehouden;
5. het bestuur van een fonds op grond van de in het Vrijstellingsbesluit genoemde gronden deelnemingsvrijstelling moet of kan verlenen aan een onderneming (zie r.o. 80 t/m 87).

De elementen die in het arrest *Fédération Française* niet het economisch karakter aan de activiteit ontnemen, maken het bedrijfstakpensioenfonds ingevolge het HvJEU mogelijk minder concurrerend met de vergelijkbare dienstverrichting van de verzekeringsmaatschappijen. Deze elementen ontnemen echter **niet** het economische karakter aan de activiteit. Wel kunnen deze solidaire kenmerken volgens het HvJEU mogelijk het uitsluitend recht van de pensioenfondsen om de pensioenregelingen te beheren mede rechtvaardigen. Geconcludeerd wordt dat de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen een onderneming zijn in de zin van artikel 101 VWEU (zie o.a. het *Brentjens* arrest, r.o. 87).

Na de arresten *Brentjens c.s.*, *Poucet en Pistre* en *Fédération Française* heeft de rechtspraak in de EU zich verder ontwikkeld ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van een onderneming. Onderstaand komt deze rechtspraak aan de orde en wordt antwoord gegeven op de vraag of het onder de nieuwe rechtspraak aannemelijk is dat een verplicht gesteld pensioenuitvoerder nog moet worden geacht onder de definitie van ‘onderneming’ te vallen.

3.3.3.1.3 Toetsingskader onderneming & solidariteit

Het HvJEU heeft in het *Kattner Stahlbau* arrest¹²⁸ uit 2009 een toets aangelegd die duidelijker is dan in de voorgaande arresten, om te kunnen vast stellen of sprake is van een onderneming (ex art. 101 e.v. VWEU). Het arrest AG2R Prévoyance/Beaudout Père et Fils SARL (“**AG2R**”)¹²⁹, waarin wordt aangesloten bij deze toets, geeft verder inzicht in de huidige criteria die voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen van belang zijn bij de vraag of aan het solidariteitsbeginsel is voldaan. Deze criteria zullen voor zover van belang onderstaand worden besproken.

De driestappentoets in het Kattner Stahlbau arrest

In het *Kattner Stahlbau* arrest is sprake van een nationale regeling die een stelsel van verplichte verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten invoert en daarbij een sociaal doel nastreeft. De verplichte verzekering wordt beheerd door Berufsgenossenschaften, waarbij de ondernemingen die in een bepaald geografisch gebied tot een bepaalde bedrijfstak behoren, zich voor de verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten dienen aan te sluiten. Het HvJEU oordeelde in deze zaak dat de instelling **geen** onderneming is die een economische activiteit uitvoert, indien de verwijzend rechter zal vaststellen dat de instelling:

1. een zuiver sociale functie heeft,
2. overeenkomstig het solidariteitsbeginsel werkt; en
3. onder staatstoezicht staat.

¹²⁸ HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, Jurispr. 2009, p. I-01513 (‘*Kattner Stahlbau*’).

¹²⁹ HvJEU, 3 maart 2011, C-437/09, *PJ* 2011/57, (‘AG2R’).

De omstandigheid dat een Berufsgenossenschaft rechtstreeks verzekeringsdiensten aanbiedt, doet volgens het HvJEU op zichzelf niet af aan het zuiver sociale karakter van deze functie, omdat zij geen invloed heeft op het solidaire karakter van de regeling of het staatstoezicht dat erop wordt gehouden. Bovenstaande driestappentoets die in het Kattner Stahlbau arrest is ontwikkeld, is de toets die thans (nog) heeft te gelden.

De uitwerking van de driestappentoets in het AG2R arrest

De driestappentoets in het Kattner Stahlbau is nader uitgewerkt in het AG2R arrest.¹³⁰ In het AG2R arrest deed zich de volgende situatie voor. In Frankrijk worden de zorgkosten die het gevolg zijn van ziekte of ongeval gedeeltelijk gedekt door het basisstelsel van de sociale zekerheid. Het gedeelte van de kosten dat niet wordt gedekt kan (gedeeltelijk) aan de verzekerde worden vergoed indien een aanvullende zorgverzekering is afgesloten. In deze zaak is voor de ambachtelijke bakkerssector de invoering van een stelsel van aanvullende vergoeding voor zorgkosten overeengekomen door sociale partners. De hoogte van de premie is voor een ieder gelijk gesteld, ongeacht leeftijd, geslacht en gezondheid. De Franse overheid heeft de aanvullende overeenkomst op verzoek van sociale partners algemeen verbindend verklaard en de regeling is ondergebracht bij de verzekeraar AG2R.

Het HvJEU oordeelde in het AG2R arrest, aan de hand van de toets in het Kattner Stahlbau arrest, dat AG2R een onderneming is. Voorts oordeelde het HvJEU dat de omstandigheid dat er geen vrijstellingsmogelijkheid bestaat, niet in de weg staat aan het verzoek van sociale partners tot algemeenverbindendverklaring van de collectieve overeenkomst. Het ontbreken van een mogelijkheid tot het verkrijgen van deelnemingsvrijstelling leidde niet tot strijd met de artikelen 102 en 106 VWEU.

Ad 2 – het solidariteitsbeginsel

Ingevolge het AG2R wordt overeenkomstig het solidariteitsbeginsel gewerkt ('stap 2') wanneer de volgende twee criteria zijn vervuld:

1. Het stelsel wordt gefinancierd door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en
2. de waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van de verzekerde.

Bovenstaande criteria moeten steeds worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval. In het Kattner Stahlbau arrest, het AG2R arrest¹³¹ en de arresten Brentjens c.s., Poucet et Pistre en Fédération Française worden de volgende handvatten geboden om te kunnen vaststellen of is voldaan aan de twee criteria.

¹³⁰ HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, Jurispr. 2009, p. I-01513 ('Kattner Stahlbau') en HvJEU, 3 maart 2011, C-437/09, PJ 2011/57, ('AG2R').

¹³¹ HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, Jurispr. 2009, p. I-01513 ('Kattner Stahlbau') en HvJEU, 3 maart 2011, C-437/09, PJ 2011/57, ('AG2R').

1. Criterium 1: het stelsel wordt gefinancierd door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico. De volgende elementen kunnen gewicht in de schaal leggen bij de vraag of is voldaan aan het eerste criterium.
 - a. het bedrag van de bijdragen hangt niet alleen af van het verzekerde risico, maar ook van het loon van de verzekerden binnen de grenzen van een maximum- en in voorkomend geval een minimumbedrag (Kattner Stahlbau arrest).
 - b. In het verlengde van sub (a) oordeelde het HvJEU in het AG2R arrest dat bij financiering, die plaatsvindt door forfaitaire bijdragen, reeds is voldaan aan de eis dat het tarief niet evenredig is aan het verzekerde risico (de doorsneepremie)
 - c. bij de bijdrageregeling worden de risico's van de individuele aangesloten ondernemingen gemeenschappelijk gedragen;
 - d. het solidariteitsbeginsel landelijk werkt tussen alle bedrijfstakken, doordat de risico's van de verschillende bedrijfstakken gemeenschappelijk worden gedragen.
2. Criterium 2: de waarde van de prestaties is niet noodzakelijkerwijze evenredig aan het loon van de verzekerde. De volgende elementen kunnen voor dit tweede criterium van belang zijn:
 - a. de prestaties inzake invaliditeit en preventie zijn aanzienlijk en staan volledig los van het loon (Kattner Stahlbau arrest);
 - b. een geldelijke toelage die wordt uitgekeerd, geldt als (gedeeltelijk) vergoeding van de loonderving ten gevolg van een arbeidsongeval of beroepsziekte en is onafhankelijk van de betaalde bijdrage (Kattner Stahlbau arrest).
 - c. In het AG2R arrest is voorts van belang dat in bepaalde gevallen prestaties verstrekt worden zonder dat de verschuldigde bijdragen zijn betaald. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de omstandigheden dat er in beginsel:
 - na de verbreking van de arbeidsovereenkomst dekking van de zorgkosten kan zijn voor een bepaalde periode; en
 - dat de dekking na het overlijden van de verzekerde voor een bepaalde periode in stand blijft voor zijn nabestaanden; en
 - dat aansluiting met terugwerkende kracht plaatsvindt indien een bepaalde minimumanciënniteit wordt behaald.
1. Indien aan bovenstaande twee criteria is voldaan en daarmee aan het solidariteitsbeginsel, geldt dat het HvJEU in het Kattner Stahlbau arrest heeft overwogen, dat de volgende omstandigheden daaraan geen afbreuk doen:
 - a) aan de bijdragen is geen maximumbedrag verbonden;
 - b) het stelsel wordt niet door één instelling, maar door verschillende instellingen op sectorale en/of geografische basis ten uitvoer gelegd;
 - c) de instellingen kunnen een uniforme minimumbijdrage vaststellen; en
 - d) de verzekeringsdiensten worden rechtstreeks aangeboden.

Ad 3 – Staatstoezicht

De laatste voorwaarde waaraan moet zijn voldaan om een economische activiteit te kunnen uitsluiten, is het van toepassing zijn van ‘staatstoezicht’. Het toezicht moet worden getoetst aan de omvang en de autonomie van de beheerder van het stelsel. Hoe kleiner de omvang en de marge van de beslissingsbevoegdheid van de beheerder van het stelsel – te weten: de pensioenuitvoerder – hoe eerder sprake is van staatstoezicht. Daarnaast lijkt te gelden dat indien een stelsel socialer is en meer solidair kenmerken bevat, sneller sprake zal zijn van staatstoezicht.

Het Kattner Stahlbau arrest is een voorbeeld van een arrest, waarin sprake is van staatstoezicht. De uitvoerder in kwestie is ingevolge het HvJEU belast met het beheer van een zuiver sociaal stelsel waaraan een ieder deelneemt. Er is, zoals aangegeven, sprake van een nationale regeling die een stelsel van verplichte verzekeringen tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten voor inwoners invoert. Daarbij wordt een sociaal doel nagestreefd. Op dit stelsel wordt staatstoezicht gehouden, aldus het HvJEU. De omstandigheid dat aan de instellingen in kwestie een marge is gelaten om in het kader van zelfbeheer de factoren vast te stellen die voor het bedrag van de bijdragen en van de prestaties bepalend zijn, wijzigt ingevolge het HvJEU niet als zodanig de aard van de activiteit van de instellingen. Redenen hiervoor zijn in het arrest Kattner Stahlbau dat:

1. deze marge wettelijk is voorzien;
2. strikt is afgebakend, en
3. de instellingen ook t.a.v. de invulling van de ‘marge’ onder staatstoezicht staan.

Uit de arresten Brentjens c.s. volgt, in samenhang met de arresten Kattner Stahlbau en AG2R, dat geen sprake is van staatstoezicht op de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Bedrijfstakpensioenfondsen en uitvoerders van verplicht gestelde beroepspensioenregelingen hebben in de eerste plaats (met sociale partners) een wezenlijke mate van autonomie bij het bepalen van de pensioenpremies, het toeslagbeleid, de uitkeringen en het beleggingsbeleid.¹³² De aanvullende pensioenregelingen zijn gebaseerd op kapitaaldekking, in tegenstelling tot het publiek gefinancierde eerste pijler stelsel (AOW), dat in hoofdzaak is gebaseerd op een omslagstelsel en onder staatstoezicht staat. De hoogte van de pensioenuitkering wordt in de tweede pijler bepaald door de ingelegde premies en het beleggingsresultaat. Bij het eerste pijler stelsel is de individuele pensioenopbouw daarentegen grotendeels losgekoppeld van de individuele premie en is in die zin sprake van een grotere mate van solidariteit tussen de deelnemers aan het stelsel. In de eerste pijler is de overheid de risicodragers, terwijl in de tweede pijler de risico’s door (gewezen) deelnemers, gepensioneerden, werkgevers en pensioenuitvoerders worden gedragen. Daar niet aan de voorwaarde van het staatstoezicht wordt voldaan, zijn de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen ondernemingen die een economische activiteit uitvoeren in de zin van artikel 101 e.v. VWEU.

3.3.3.1.4 De algemeenbelangexceptie

Vervolgens moet worden gezien of het uitsluitende recht van de fondsen en de concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, gerechtvaardigd kan worden *‘als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang’* (zie art. 106 lid 2 jo art. 102 VWEU). Deze rechtvaardigingsgrond wordt ook wel de **“algemeenbelangexceptie”** genoemd. Het HvJEU stelt voorop dat ondernemingen die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast, alleen onder de

¹³² Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1962-63, 34 13, p. 15, waarin de (voormalige) Minister aangaf dat behoudens goedkeuring van overheidswege, “de fondsbesturen vrij [zijn] om de hoogte van de uit te keren pensioenen en de op te brengen premie naar eigen inzicht vast te stellen”.

mededingingsregels vallen voor zover de toepassing van die regels de vervulling van de hun opgedragen bijzondere taak niet verhindert (art. 106 lid 2 VWEU). Op deze wijze wordt het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen, met name in de openbare sector, te benutten als instrument van economisch of sociaal beleid, verzoent met het belang van de Gemeenschap.

De Nederlandse fondsen moeten worden geacht een machtspositie te bezitten ingevolge artikel 102 VWEU, nu deze voor een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt – te weten: een specifieke bedrijfstak of beroepsgroep – een wettelijk monopolie bezitten.¹³³ In de arresten Brentjens c.s. overwoog het HvJEU dat het hebben van een machtspositie alleen dan onverenigbaar is met de artikelen 102 en 106 VWEU, als het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds door de enkele uitoefening van de aan hem toegekende uitsluitende rechten misbruik van zijn machtspositie maakt, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin het fonds tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.¹³⁴

Een lidstaat maakt in ieder geval inbreuk op artikel 106 lid 1 VWEU wanneer het een situatie in het leven roept waarin handelen in strijd met artikel 102 VWEU onontkoombaar is doordat een fonds niet in staat is te voldoen aan de marktvraag.¹³⁵ In de arresten Brentjens c.s. was geen sprake van een dergelijke situatie, omdat de verplicht gestelde fondsen leken te voldoen aan de Nederlandse (streef)norm van een pensioen, dat inclusief AOW 70% van het laatstverdiende loon zou moeten bedragen. Het argument van Brentjens dat hier geen sprake van zou zijn, omdat onder meer de uitkeringen te laag zijn, niet gekoppeld zijn aan de lonen en daardoor structureel ontoereikend, trof geen doel. De verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en pensioenuitvoerders die verplicht gestelde regelingen uitvoeren vervullen een **essentiële sociale functie** in het Nederlandse pensioenstelsel, vanwege de aanvulling op de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen. Het belang van de sociale functie van aanvullende pensioenregelingen is bevestigd door de gemeenschapswetgever door de vaststelling van de richtlijn 98/49/EG van de Raad van 29 juni 1998. Ik meen dat in dit verband kan worden betoogd dat sociale partners (of beroepsverenigingen) de sociale functie van de Verplichtstelling waarborgen door de belangen van de achterban zoveel mogelijk tot hun recht te laten komen in de pensioenregeling.

De laatste voorwaarde waaraan voldaan moet zijn voor de toepasselijkheid van de uitzonderingsbepaling van artikel 106 lid 2 VWEU is het **noodzakelijkheidsvereiste**, waarvoor nodig is dat:

1. Het pensioenfonds zijn bijzondere dienst van economisch belang – die nader wordt bepaald door de aan hem opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen – niet kan vervullen zonder het uitsluitende recht; en
2. dat handhaving van het uitsluitende recht noodzakelijk is om het fonds in staat te stellen de aan hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen¹³⁶.

¹³³ Zie de arresten van 10 december 1991, C-179/90, Jurispr. 1991, p. I-5889, r.o. 14 ('Merci convenzionali porto di Genova') en het arrest van 13 december 1991, C-18/88, Jurispr. 1991, p. I-5941, r.o. 17 (GB-Inno-BM).

¹³⁴ Zie de arresten Höfner en Elser, r.o. 29; het arrest van 18 juni 1991, C-260/89, Jurispr. 1991, p. I-2925, r.o. 37 ('GB-Inno-BM'); het arrest Merci convenzionali porto di Genova, r.o. 16 en 17; het arrest van 5 oktober 1994, C-323/93, Jurispr. 1994 p. I-5077, r.o. 18 ('Centre d'insémination de la Crespelle') en het arrest van 12 februari 1998, C-163/96, Jurispr. 1998, p. I-533, r.o. 27 ('Raso e.a').

¹³⁵ Zie ook het Höfner en Elser arrest.

¹³⁶ Arresten van 19 mei 1993, C-320/91, Jurispr. 1993, p. I-2533, r.o. 14-16 (Corbeau); en het arrest van 23 oktober 1997, C-157/94, Jurispr. 1997, p. I-5699, punt 39 (Commissie/Nederland).

Het HvJEU oordeelde in de arresten *Brentjens c.s.* dat aan bovenstaande voorwaarden is voldaan, omdat zonder Verplichtstelling en de handhaving daarvan, de ‘goede risico’s’ mogelijk zullen vertrekken en de ‘slechte risico’s’ op den duur pensioen meer kunnen opbouwen tegen aanvaardbare kosten. Het voorgaande gold te meer, omdat de pensioenregelingen in kwestie worden gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit.

De mate van solidariteit, die wordt ingevuld aan de hand van het solidariteitsbeginsel, zal met name *mede* van belang zijn voor de vraag of de noodzaak voor het uitsluitende recht van een bedrijfstakpensioenfonds aanwezig is. Zoals besproken, was in de arresten *Brentjens c.s.* sprake van een hoge mate van solidariteit bij bedrijfstakpensioenfonds, doordat een sociaal doel werd nagestreefd, een winsttoegmerk ontbrak en er sprake was van een aantal solidaire elementen in de pensioenregeling. In het AG2R en *Kattner Stahlbau* arrest is nader gespecificeerd dat aan twee hoofdvoorwaarden moet zijn voldaan, voordat aan het solidariteitsbeginsel is voldaan.¹³⁷ Deze voorwaarden worden nader ingekleurd door de omstandigheden van het geval en zijn:

1. De financiering van het stelsel dient te geschieden door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en
2. de waarde van de prestaties is niet noodzakelijkerwijs evenredig aan het loon van de verzekerde.

Het HvJEU overwoog in de arresten *Brentjens c.s.* dat de door de fondsen verrichte diensten vanwege de hoge solidariteitskenmerken minder concurrerend zijn dan vergelijkbare diensten die worden verricht door verzekeringsmaatschappijen (zie r.o. 110). Indien de Verplichtstelling niet langer bij wet zou kunnen worden opgelegd, is de verwachting dat dit er op langere termijn toe zal leiden dat de fondsen de opgedragen taak van algemeen economisch belang niet langer op economisch aanvaardbare voorwaarden kunnen verrichten. Het financieel evenwicht van de fondsen komt dan in gevaar. De noodzaak voor het uitsluitende recht van een fonds en de mogelijkheid om het recht te handhaven is in dat geval gegeven. De consequentie daarvan is dat de beperking van de mededinging is gerechtvaardigd, omdat deze onder de algemeenbelangexceptie valt (art. 106 lid 2 jo art. 102 VWEU).

3.3.3.2 *Verplicht gestelde beroepspensioenregelingen*

Een jaar na de uitspraken inzake *Brentjens*, *Drijvende Bokken* en *Albany*, deed het HvJEU in het *Pavlov* arrest een uitspraak over de verenigbaarheid van de Verplichtstelling bij beroepspensioenregelingen.¹³⁸ Het HvJEU oordeelde dat het bestaan van het verplicht gestelde beroepspensioenfonds in kwestie verenigbaar is met de artikelen 101, 102 en 106 VWEU. De prejudiciële vragen die aan het HvJEU zijn voorgelegd, waren gerezen in vijf gedingen tussen medisch specialisten, waaronder *Pavlov*, en de Stichting Pensioenfonds medisch specialisten, over de weigering van het fonds om deelnamevrijstelling te verlenen voor de basispensioenregeling. Het reglement van het fonds voorzag niet in de gevraagde vrijstellingsgrond. De beroepsgenoten in kwestie werden vertegenwoordigd door de Landelijke Specialisten Vereniging (“LSV”).

Het *Pavlov* arrest is van belang, omdat een verplicht beroepspensioenfonds geen pensioenregeling voor werknemers in het leven roept, maar voor zelfstandige beroepsgenoten en/of beroepsgenoten in loondienst. De beroepsgenoten hebben een horizontale vorm van samenwerking op grond

¹³⁷ HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, Jurispr. 2009, p. I-01513 (‘*Kattner Stahlbau*’) en HvJEU, 3 maart 2011, C-437/09, *PJ* 2011/57, (‘AG2R’).

¹³⁸ HvJEU, 12 september 2000, zaken C-180/98 t/m C-184/98, Jurispr. 2000, p. I-6497 (‘*Pavlov*’). Zie voor de nationale procedure Hoge Raad, 16 november 2001, *LJN*: AD4506 (‘*Pavlov*’).

waarvan zij fondsen voor pensioenen bijeen brengen. Er is geen sprake van een collectieve overeenkomst, die tot stand komt in het kader van overleg tussen werknemers- en werkgeversorganisatie, waarvan vervolgens Verplichtstelling wordt verzocht aan de Minister.

Het VWEU moedigt alleen de sociale partners aan – en niet de beroepsgenoten – om te overleggen over arbeidsvoorwaarden, om collectieve overeenkomsten te sluiten ter bevordering van het niveau van arbeidsvoorwaarden binnen een bedrijfstak en ter voorkoming van uitsluiting. Gezien het voorgaande overweegt het HvJEU allereerst in het Pavlov arrest dat zijn oordeel dat de collectieve overeenkomsten in de arresten Brentjens c.s. relatieve immuniteit genieten voor het kartelverbod (art. 101 lid 1 VWEU), niet kan worden toegepast op het besluit van de LSV om voor de beroepsgenoten in kwestie een beroepspensioenfonds op te richten en Verplichtstelling van de regeling te verzoeken aan de Minister.

Het HvJEU oordeelt vervolgens dat de zelfstandige medische specialisten moeten worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 101 e.v. VWEU, omdat zij een economische activiteit uitoefenen. De LSV wordt door het Hof gekwalificeerd als een ondernemingsvereniging, daar de deelneming in de verplicht gestelde (aanvullende) beroepspensioenregeling nauw verband houdt met het verrichten van beroepswerkzaamheden, wordt de LSV gekwalificeerd als een ondernemingsvereniging. Ook het beroepspensioenfonds moet volgens het HvJEU worden aangemerkt als een onderneming in de zin van de artikelen 101 e.v. VWEU. Het Hof redeneert als volgt. Het pensioenfonds voor de medisch specialisten bepaalt net als in de arresten Brentjens c.s. zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen en heeft derhalve een zekere mate van autonomie. Het fonds werkt voorts volgens het kapitalisatiebeginsel en de hoogte van de door het fonds verstrekte uitkeringen hangt af van het rendement van de beleggingen. Ook acht het HvJEU van belang dat het pensioenfonds concurreert met verzekeraars op de pensioenmarkt en dat het fonds onder toezicht staat van dezelfde toezichthouder als de verzekeraars. Daarnaast telt mee dat het fonds in bepaalde situaties gehouden is ondernemingen vrij te stellen van deelneming aan de verplicht gestelde regeling. In het Pavlov arrest is hieraan het volgende toegevoegd. Relevant voor de kwalificatie van de uitvoerder van een verplicht gestelde beroepspensioenregeling als ‘onderneming’ is voorts, dat de medisch specialisten zelf mogen kiezen bij welke pensioenuitvoerder zij hun normpensioen – dat wil zeggen: de basispensioenregeling – onderbrengen en dat bepaalde categorieën medisch specialisten kunnen worden vrijgesteld van deelname aan de pensioenregeling.

Vervolgens onderzoekt het HvJEU in het Pavlov arrest of de oprichting van het beroepspensioenfonds en het verzoek tot Verplichtstelling van de deelneming in de regeling tot doel of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Hier is geen sprake van volgens het Hof. De kosten en uitkeringen van de aanvullende pensioenen van de medisch specialisten zijn in casu deels geharmoniseerd. Die harmonisatie heeft een beperking van de mededinging ten gevolge voor wat betreft de kostenfactor, omdat de medische specialisten allen dezelfde premie betalen en niet elkaar beconcurreren om zo een goedkopere verzekering te verkrijgen. Deze beperking is echter maar van geringe betekenis. Andere factoren, zoals de artsenhonoraria en de prijs van medische apparatuur, zijn ingevolge het HvJEU van veel grotere invloed op de totale kosten van de door zelfstandige medisch specialisten aangeboden diensten (r.o. 93 t/m 95, Pavlov arrest). Bovendien stelt de Verplichtstelling van een pensioenregeling de beroepsgenoten in staat de verzekerde risico's te spreiden en schaalvoordelen te behalen (r.o. 96, Pavlov arrest). Kortom, het verzoek tot Verplichtstelling van een beroepspensioenregeling aan de Minister en de toekenning van de Verplichtstelling zijn niet strijdig met artikel 101 lid 1 VWEU, daar de achterliggende doelstellingen sociaal van nature zijn en de Verplichtstelling past in het nationale sociale pensioenstelsel (r.o. 98 t/m 101, Pavlov arrest).

Het besluit van de beroepspensioenvereniging om een pensioenfonds op te richten dat is belast met de uitvoering van de verplicht gestelde pensioenregeling, beperkt de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet merkbaar volgens het HvJEU. De opgelegde Verplichtstelling leidt er, net als in de zaken *Brentjens c.s.* toe, dat het beroepspensioenfonds voor medisch specialisten een ‘uitsluitend recht’ heeft verkregen. Het fonds is immers bij uitsluiting belast met de uitvoering van de verplicht gestelde pensioenregeling. Er is sprake van een machtspositie ten aanzien van een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, gezien de onmogelijkheid voor de medisch specialisten om een deel van hun pensioenregeling te kunnen onderbrengen bij een andere pensioenuitvoerder (zie art. 102 lid 1 VWEU). De uitvoering van ‘deel twee’ van de regeling, die bestaat uit de Verplichtstelling van de indexeringsregeling, de backserviceregeling, de voortzetting van de pensioenopbouw in geval van arbeidsongeschiktheid en het aanvullende nabestaandenpensioen, is namelijk net als de basispensioenregeling verplicht gesteld.¹³⁹

De volgende toets van het HvJEU is die inzake misbruik van machtspositie. Misbruik van het uitsluitende recht door het beroepspensioenfonds kan ontstaan, wanneer een lidstaat aan een onderneming het uitsluitende recht verleent om bepaalde (economische) activiteiten te verrichten en de publieke onderneming niet kan voorzien in de vraag van de markt naar dergelijke activiteiten te voldoen.¹⁴⁰ Indien in een dergelijke situatie de publieke onderneming het exclusieve recht handhaaft, staat het benodigde causale verband vast tussen het verlenen van het exclusieve recht door de Minister en het misbruik daarvan door de onderneming in kwestie.¹⁴¹ Ook is sprake van misbruik, indien de enkele uitoefening van het uitsluitende recht door het beroepspensioenfonds reeds leidt tot misbruik van de machtspositie.

Het HvJEU oordeelt dat noch uit de schriftelijke opmerkingen, noch uit de mondelinge opmerkingen van partijen blijkt, dat het beroepspensioenfonds door de enkele uitoefening van zijn uitsluitende recht tot misbruik van zijn machtspositie is gebracht, of dat de door het fonds uitgevoerde pensioenuitkeringen niet voldoen aan de behoefte van de medisch specialisten. Anderzijds merkt het HvJEU op, dat *Pavlov c.s.* niet de wens hebben geuit dat zij hun aanvullende pensioenen bij een andere pensioenuitvoerder wilden onder brengen. In geschil was slechts dat de medici meenden dat zij onder de werkingssfeer van een andere beroepspensioenfonds vielen. Het Hof expliciteert niet of een dergelijke geuite wens had kunnen leiden tot het oordeel dat sprake was van misbruik van machtspositie, maar lijkt mogelijk wel wat voor dat standpunt te voelen. Het zal dan niet om een enkele medicus moeten gaan met deze wens, aangezien de parlementaire geschiedenis leert dat het overeenkomstig het sociale doel van de Verplichtstelling is, dat de wensen van een enkel individu ‘opzij kunnen worden gezet’. Het HvJEU oordeelt gezien het voorgaande dat geen sprake is van een handelen in strijd met de artikelen 102 en 106 VWEU.

3.3.3.3 Toetsingskader algemeenbelangexceptie & solidariteit toegepast

Ingeval de (huidige invulling van de) Verplichtstelling wordt getoetst aan bovenstaande rechtspraak van het HvJEU, levert dit het volgende beeld op. In het AG2R arrest overwoog het HvJEU dat een stelsel van aanvullende vergoedingen – in casu was sprake van zorgkosten – een sociaal doel nastreeft, voor zover het voorziet in een verplichte aanvullende sociale bescherming voor alle werknemers binnen een economische sector. In de arresten *Brentjens c.s.* was reeds overwogen dat de verplicht gestelde fondsen voorzien in een verplichte aanvullende sociale bescherming, aangezien de geringe hoogte van de AOW-uitkering een adequaat aanvullend pensioen nodig maakt. Van deze noodzaak is nog steeds sprake in Nederland. Uit onderzoek van

¹³⁹ HvJEU, 12 september 2000, C-180/98 t/m C-184/98, Jurispr. 2000, p. 1-6497 (*‘Pavlov’*), r.o. 122. Zie ook HvJEU, 23 april 1991, C-41/90, Jurispr. 1991, p. I-1979 (*‘Höfner en Elser’*).

¹⁴⁰ HvJEU, 12 september 2000, C-180/98 t/m C-184/98, Jurispr. 2000, p. 1-6497 (*‘Pavlov’*), r.o. 127.

¹⁴¹ Zie *Höfner en Elser*, r.o. 30 en 31.

het OECD uit 2012 is gebleken dat de AOW in Nederland ongeveer 40% bedraagt van het totale pensioen op de pensioengerechtigde leeftijd, het aanvullend pensioen 40% en de individuele voorzieningen in de derde pijler 20%.¹⁴² Het aandeel van de AOW is ingevolge de OECD de afgelopen jaren zelfs nog gedaald. Het aandeel van de aanvullende pensioenen, en meer recent ook het aandeel van individuele voorzieningen in de derde pijler, is daarentegen gestegen. Deze stijging heeft de daling van de AOW kunnen compenseren.¹⁴³

Of sprake is van een onderneming die economische activiteiten verricht, of van een instelling die een zuivere sociale aard heeft, wordt beantwoord aan de hand van de volgende toets. Er moet sprake zijn van: (1) een sociaal doel; (2) waarbij conform het solidariteitsbeginsel wordt gewerkt en er dient sprake te zijn van (3) staatstoezicht (zie §3.3.3.1.3).

De verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen die een verplicht gestelde regeling uitvoeren zijn geen instelling van zuiver sociale aard. Ook wordt niet voldaan aan het vereiste van staatstoezicht (zie §3.3.3.1.3). Zoals uiteengezet impliceert staatstoezicht kort gezegd dat de staat beleidsbeslissingen kan nemen voor de verplicht gestelde pensioenfondsen, ook ten aanzien van de marge die de fondsen hebben bij de vaststelling van factoren die voor de hoogte van de bijdragen en de prestaties bepalend zijn. Daar wordt niet aan voldaan in Nederland. De verplicht gestelde fondsen voeren samen met sociale partners een autonoom beleid binnen het gegeven wettelijk en regelgevend kader. Te denken valt aan het vaststellen van de pensioenpremie, de pensioenuitkering, het toeslagbeleid en het beleggingsbeleid. Het beleid van de pensioenfondsen en pensioenverzekeraars wordt (slechts) getoetst door DNB en de AFM, die respectievelijk het prudentieel en materieel toezicht en het effectentypisch gedragstoezicht houden op pensioenfondsen.¹⁴⁴ De toezichthouders kunnen echter niet in de afspraken treden die sociale partners maken over de invulling van de regeling, waaronder de financiering en hoogte van de premie en toeslagambitie. De verplicht gestelde fondsen (en sociale partners) beschikken derhalve binnen het geldende wettelijke en regelgevende kader over een wezenlijke mate van autonomie, waarover de toezichthouders geen zeggenschap hebben. Deze mate van autonomie en het feit dat de fondsen de pensioenverzekeraars en PPI's door het hebben van een uitsluitend recht concurrentie aandoen, maakt dat de fondsen economische activiteiten verrichten en moeten worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 101 VWEU e.v.

De voormalige NMa, rechtsvoorganger van de Autoriteit Consument & Markt (hierna: “ACM”)¹⁴⁵, heeft in navolging van de rechtspraak van het HvJEU het volgende bevestigd in de Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen van 19 mei 2009 (“Uitvoeringsregel NMa”).¹⁴⁶ Pensioenfondsen, waaronder verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, zijn ondernemingen in de zin van artikel 1 sub f Mededingingswet. De fondsen vallen derhalve onder het verbod op misbruik van een economische machtspositie, het verbod op staatssteun en de werking van het kartelverbod. Mede in het licht van de arresten *Brentjens c.s.* en *Pavlov* meent de NMa dat de pensioenfondsen een economische activiteit uitoefenen (zie artikel 2 Uitvoeringsregel NMa). De mate van economische beleidsvrijheid die de verplicht gestelde uitvoerders hebben bij de uitvoering van de pensioenregelingen en de mate van solidariteit binnen de pensioenregelingen,

¹⁴² OECD report 2012, p. 57.

¹⁴³ OECD report 2012, p. 57.

¹⁴⁴ De voorschriften waaraan pensioenverzekeraars en pensioenfondsen zich moeten houden komt op hoofdlijnen overeen, maar zij zijn niet volledig gelijk.

¹⁴⁵ *Stb.* 2013, nr. 102. Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt ('Instellingswet Autoriteit Consument en Markt'); en *Stb.* 2013, nr. 103. Besluit van 13 maart 2013, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. De NMa is per 1 april met de Opta en de CA gefuseerd. Enkele artikelen in de Instellingswet treden na 1 april 2013 in werking.

¹⁴⁶ *Stcrt.* 2009, nr. 95. Zie de Toelichting bij de Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen d.d. 19 mei 2009.

zijn ingevolge de NMa onvoldoende om het economische karakter te ontnemen aan de activiteiten van de verplicht gestelde uitvoerders. De pensioenfondsen zijn derhalve ondernemingen in de zin van artikel e.v. 101 VWEU. Aan de economische activiteiten van pensioenfondsen worden in Nederland grenzen gesteld door de regels inzake taakafbakening en de markt en overheidbepalingen.

Bedrijfstakpensioenfonds en de uitvoerders van beroepspensioenregelingen waren en zijn ondernemingen die 'uitsluitende rechten' bezitten, omdat deze premies innen en beheren voor een wezenlijk deel van de bedrijfstak, op grond van een Verplichtstelling. De concurrentiebeperking binnen de bedrijfstak is een rechtstreeks gevolg van het verleende uitsluitende recht. Er is sprake van een inbreuk, daar er door de verlening van het uitsluitende recht aan de fondsen concurrentiebeperking optreedt. Indien werkgevers aanvullende pensioenvoorzieningen willen treffen voor hun werknemers, dienen zij een aanvullende pensioenregeling onder te brengen bij een andere pensioenuitvoerder of instelling. Dat leidt tot hogere administratiekosten en minder efficiëntie voor de werkgever, waardoor minder snel wordt overgegaan tot het treffen van een aanvullende pensioenverzekering.

Het uitsluitende recht van de fondsen en de concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, kan gerechtvaardigd worden 'als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang' (zie art. 106 lid 2 VWEU). Ondernemingen die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast, vallen alleen onder de mededingingsregels voor zover de toepassing van die regels de vervulling van de hun opgedragen bijzondere taak niet verhindert (art. 106 lid 2 VWEU). De Nederlandse fondsen moeten nog steeds worden geacht een machtspositie te bezitten ingevolge artikel 102 VWEU, nu deze voor een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt – te weten: een (deel van een) specifieke bedrijfstak of beroepsgroep – een wettelijk monopolie bezitten.¹⁴⁷ Het hebben van een machtspositie is niet per definitie onverenigbaar met de artikelen 102 en 106 VWEU.¹⁴⁸ Een lidstaat maakt in ieder geval inbreuk op artikel 106 lid 1 VWEU wanneer het een situatie in het leven roept waarin handelen in strijd met artikel 102 VWEU onontkoombaar is doordat een fonds niet in staat is te voldoen aan de marktvraag.¹⁴⁹ In de arresten *Brentjens c.s.* was geen sprake van een dergelijke situatie, omdat de verplicht gestelde fondsen leken te voldoen aan de marktvraag. De Nederlandse (streef)norm voor de hoogte van een pensioen, inclusief AOW, was 70% van het laatstverdiende loon. Deze norm, die wordt ingevuld door sociale partners, is inmiddels aan herziening toe, aangezien het aandeel van het eerste en tweede pijler pensioenen in de totale pensioenvoorzieningen afneemt.¹⁵⁰ Overeind is blijven staan dat het belang van tweede pijler pensioenen, in aanvulling op de AOW, groot is gebleven. Uit onderzoek van het OECD uit 2012 is gebleken dat het percentage van AOW in de totale pensioenvoorziening van Nederland gemiddeld 40% bedraagt. De aanvullende pensioenen bedragen 40% van de totale pensioenvoorziening en de overige 20% bestaat uit individueel getroffen pensioenvoorzieningen.

¹⁴⁷ Zie de arresten van 10 december 1991, C-179/90, Jurispr. 1991, p. I-5889 ('*Merci convenzionali porto di Genova*'), r.o. 14 en het arrest van 13 december 1991, C-18/88, Jurispr. 1991, p. I-5941 (*GB-Inno-BM*), r.o. 17.

¹⁴⁸ HvJEU, 23 april 1991, C-41/90, Jurispr. 1991, p. I-1979 ('*Höfner en Elser*'), r.o. 29; HvJEU 18 juni 1991, C-260/89, Jurispr. P. I-2925 ('*GB-Inno-BM*'), r.o. 37; HvJEU, 10 december 1991, C-179/90, Jurispr. 1991, p. I-5889 ('*Merci convenzionali porto di Genova*'), r.o. 16 en 17; HvJEU, 5 oktober 1994, C-323/93, Jurispr. 1994, p. I-5077 ('*Centre d'insémination de la Crespelle*'), r.o. 18; en HvJEU, 12 februari 1998, C-163/96, Jurispr. 1998, p. I-533 ('*Raso e.a.*'), r.o. 27.

¹⁴⁹ Zie ook het *Höfner en Elser* arrest van het HvJEU.

¹⁵⁰ De AFM-bestuurder Harman Korte wees er tijdens het Jubileumcongres van de NVVK op 6 december 2012 nog op dat de regering onvoldoende bijdraagt aan het verschaffen van inzicht in de (verwachte) hoogte van het (aanvullend) pensioen op de pensioendatum.

De verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en pensioenuitvoerders die verplicht gestelde regelingen uitvoeren, hebben ingevolge ook vandaag de dag naar mijn mening een essentiële sociale functie in het Nederlandse pensioenstelsel, vanwege de aanvulling op de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen.

3.3.3.3.1 Noodzakelijkheidstoets

De laatste voorwaarde waaraan voldaan moet zijn voor de toepasselijkheid van de algemeenbelangexceptie van artikel 106 lid 2 VWEU is het **noodzakelijkheidsvereiste**. Aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan wanneer de volgende twee voorwaarden cumulatief zijn vervuld:

1. het pensioenfonds kan zijn bijzondere dienst van economisch belang, die nader wordt bepaald door de aan hem opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen, niet vervullen zonder het uitsluitende recht; en
2. de handhaving van het uitsluitende recht is noodzakelijk om het fonds in staat te stellen de aan hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen.¹⁵¹

Het HvJEU oordeelde in de arresten Brentjens c.s. dat aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan. Zonder de Verplichtstelling en handhaving daarvan, zouden de ‘goede risico’s’ mogelijk vertrekken en de ‘slechte risico’s’ op den duur geen pensioen meer kunnen opbouwen tegen aanvaardbare kosten. Deze noodzaak van de Verplichtstelling is door de jaren heen onveranderd gebleven. Het HvJEU overwoog voorts dat de noodzaak van de Verplichtstelling des te overtuigender was, omdat de pensioenregelingen in kwestie werden gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit. Voor de minimumgrens waaraan solidariteit moet voldoen, dient te worden voldaan aan het solidariteitsbeginsel, zoals vormgegeven in het Kattner Stahlbau arrest en AG2R arrest. In deze arresten, die gewezen zijn na de arresten Brentjens c.s. en Pavlov, zijn de volgende twee hoofdvoorwaarden genoemd die aan de benodigde mate van solidariteit moeten worden gesteld (het ‘solidariteitsbeginsel’):

3. de financiering van het stelsel dient te geschieden door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en
4. de waarde van de prestaties is niet noodzakelijkerwijs evenredig aan het loon van de verzekerde.

Aan de eerste voorwaarde zal doorgaans eenvoudig kunnen worden voldaan door verplicht gestelde fondsen. De risico’s van (de deelnemers van) de individuele aangesloten ondernemingen worden immers over de gehele bedrijfstak gespreid, door het gebruik van een doorsneepremie en voorts ook door een doorsnee-opbouw bij DB-regelingen.¹⁵² Een DC-regeling is minder solidair qua doorsneesystematiek dan een DB-regeling, maar dat betekent op zichzelf niet dat een DC-regeling niet zou kunnen voldoen aan het solidariteitsbeginsel. Uit de rechtspraak van het HvJEU volgt dat, indien aan de eerste voorwaarde is voldaan, voorts in voldoende mate sprake moet zijn van solidaire elementen (‘prestaties’) binnen de pensioenregeling. Ingeval een aanspraak of recht ontstaat op dergelijke prestaties is sprake van solidariteit wanneer op het niveau van het individu geen evenredig verband aanwezig is met de hoogte van het loon of de pensioenpremie. Er is geen

¹⁵¹ HvJEU 19 mei 1993, C-320/91, Jurispr. 1993, p. I-2533 (Corbeau), r.o. 14-16; en het arrest van 23 oktober 1997, C-157/94, Jurispr. 1997, p. I-5699 (Commissie/Nederland), r.o. 39.

¹⁵² Zie ook *Kamerstukken II* 2000/01, 26 537, nr. 4, p. 23. De Staatssecretaris bevestigt: “De bij pensioenfondsen aanwezige solidariteit heeft tot gevolg dat er doorgaans geen directe relatie tussen premie en uiteindelijke uitkering bestaat”.

duidelijke ondergrens of bovengrens gesteld in de rechtspraak aan de benodigde mate van solidariteit.

Opgemerkt zij dat premiereregelingen bij verplicht gestelde beroepspensioenregelingen op hun beurt weer minder solidair kunnen zijn, dan bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Bij laatstgenoemde fondsen dient immers ook bij een premiereregeling sprake te zijn van een doorsneepremie, terwijl die eis niet geldt voor beroepspensioenregelingen.

Bij de verplicht gestelde fondsen is voorts sprake van intergenerationele solidariteit en risicosolidariteit. De hoogte van de premies hangt niet alleen af van het verzekerde risico, maar ook van het loon van de verzekerden, eventueel binnen de daaraan gestelde minimum en maximumbedragen. Dit is met name goed zichtbaar bij de berekening van het werknemersdeel van de premie als percentage van de pensioengrondslag. Indien een ieder dezelfde premie voldoet, wordt voor individuen de koppeling aan het salaris zelfs geheel losgelaten. Aan de tweede voorwaarde zal doorgaans ook worden voldaan door de verplicht gestelde fondsen. Dat de waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van de verzekerde, kan worden besproken aan de hand van de overwegingen van het HvJEU in de arresten Brentjens c.s., het Kattner Stahlbau arrest en het AG2R arrest. Er is niet per definitie sprake van evenredigheid omdat de pensioenregelingen:

- a) doorgaans ‘prestaties’ verstrekken zonder dat daarvoor bijdragen zijn betaald; hierbij kan worden gedacht aan de premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid, het nabestaandenpensioen op risicobasis en de toekenning van indexatie, zonder dat daar een prestatie tegenover staat; en
- b) gedurende een bepaalde periode na afloop van de arbeidsovereenkomst een dekking in stand kunnen houden voor specifieke verzekeringselementen; gedacht kan worden aan het nabestaandenpensioen op risicobasis waarop in sommige regelingen gedurende een bepaalde periode na afloop van de arbeidsovereenkomst aanspraak blijft bestaan en de overname van pensioenverplichtingen door het fonds bij faillissement van de werkgever; en
- c) waarin wachttijden of drempelperioden zijn opgenomen (ex artikel 14 lid 2 PW) werknemers met terugwerkende kracht kunnen aansluiten bij het behalen van de vereiste minimumanciënniteit.

Met name de situaties genoemd onder sub (a) komen vaak voor in pensioenregelingen. Het HvJEU overwoog al in de zaken Brentjens c.s. dat solidariteit ook blijkt uit het feit dat werknemers verplicht moeten worden geaccepteerd bij deelname in een verplicht gesteld fonds. Zij mogen op grond van de WMK niet voorafgaand medisch worden gekeurd. Ik ben daarnaast van mening dat van belang is dat bij een doorsnee-opbouw – en overigens ook bij een degressieve opbouw – de waarde van de premie zich vertaalt in de hoogte van de opbouw en niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van de verzekerde. De waarde van de opbouw is immers een doorsneewaarde voor de bedrijfstak, waarin de individuele risico's en leeftijd niet tot uiting komen. In paragraaf 4.5.6 zal worden besproken dat ook een degressieve opbouw aan dit vereiste voldoet, omdat de risico's per leeftijdscohort worden genivelleerd. Gezien het voorgaande is aan het noodzakelijkheidsvereiste voldaan.

Bovenstaande omstandigheden rechtvaardigen thans nog steeds het uitsluitend recht van de verplicht gestelde fondsen en uitvoerders van verplicht gestelde regelingen om de pensioenregelingen uit te mogen voeren. De door de fondsen verrichte diensten zijn vanwege de hoge solidariteitskenmerken minder concurrerend dan vergelijkbare diensten die worden verricht

door verzekeringsmaatschappijen.¹⁵³ Indien de Verplichtstelling niet langer bij wet zou kunnen worden opgelegd, is de verwachting dat dit er op langere termijn toe zal leiden dat de fondsen de opgedragen taak van algemeen economisch belang niet langer op economisch aanvaardbare voorwaarden kunnen verrichten en dan komt hun financieel evenwicht in gevaar.

3.3.3.3.2 Rechtspraak HvJEU: doorsnee-opbouw en doorsneepremie niet noodzakelijk

Uit de rechtspraak van het HvJEU blijkt niet dat het hanteren van een doorsneepremie of doorsnee-opbouw binnen een verplicht gestelde pensioenregeling noodzakelijk is voor de rechtvaardiging van de inbreuk op het mededingingsrecht die het uitsluitende recht van verplicht gestelde pensioenuitvoerders ten gevolge heeft (zie artt. 106 lid 2 en 102 VWEU). De hoge mate van solidariteit werd in de arresten *Brentjens c.s.* echter wel ingevolge het HvJEU *mede* bewerkstelligd door de doorsneepremie. Alle solidaire elementen in een pensioenregeling, waaronder de doorsnee-opbouw en doorsneepremie, kunnen tezamen dienstig zijn bij het voldoen aan het solidariteitsbeginsel. Voldaan moet zijn aan de twee criteria zoals geformuleerd in het *Kattner Stahlbau* arrest en (op punten) nader uitgewerkt in het *AG2R* arrest. Dat in de arresten *Brentjens c.s.* aan het solidariteitsbeginsel was voldaan, speelde een rol bij het aantonen van de noodzaak van het uitsluitend recht van verplicht gestelde fondsen.¹⁵⁴ In zijn algemeenheid kan worden gesteld: hoe meer solidaire elementen binnen een pensioenregeling, hoe eerder aan het solidariteitsbeginsel zal zijn voldaan. Aan het eerste vereiste

Van een doorsnee-opbouw is alleen sprake bij DB-regelingen. Reeds om die reden zal duidelijk zijn dat de Nederlandse regering de doorsnee-opbouw (kennelijk) niet als noodzakelijk solidaire element beschouwd. Uit de rechtspraak van het HvJEU valt geen ander standpunt af te leiden. Indien daarentegen voor een verplicht gestelde pensioenuitvoerder de verplichting zou vervallen om een doorsneepremie in rekening te brengen bij de aangesloten werkgevers en de doorsneepremie bovendien niet wordt vervangen door een andere type solidaire premie, meen ik dat de Verplichtstelling van een dergelijke uitvoerder waarschijnlijk niet langer gerechtvaardigd zal zijn in het licht van het EU-mededingingsrecht. Het zal in dat geval lastig zijn om op overtuigende wijze te voldoen aan het criterium dat (het tarief van) de premie niet stelselmatig evenredig mag zijn aan het verzekerde risico. Zonder solidaire premie zal de premie immers (min of meer) op individuele basis worden vastgesteld, ontstaat een sterk verband tussen premie en risico en kunnen dezelfde resultaten mogelijk worden bereikt middels een collectieve particulier verzekerde regeling, zonder dat een verplichte deelname noodzakelijk is voor het te bereiken doel.

Onderstaand behandel ik de overwegingen van het HvJEU inzake de eventuele aanwezigheid van minder ingrijpende alternatieven voor de Verplichtstelling. Voorts beantwoord ik de vragen of de beoordeling van een vrijstellingsverzoek door het verplicht gestelde fonds in kwestie in strijd is met de rechtspraak van het HvJEU en of de fondsen mogen overgaan tot uitbesteding.

3.3.3.3.3 Minder ingrijpende alternatieven?

In de arresten *Brentjens c.s.* droegen de werkgevers een alternatief aan voor de Verplichtstelling, welke zij minder ingrijpend vonden. Zij verwezen naar de mogelijkheid om een adequaat pensioenniveau te verzekeren voor werknemers bij een pensioenverzekeraar, door minimumeisen te stellen aan de pensioenen. In feite wordt dan dus een (minimum)pensioenregeling verplicht gesteld, die de werknemer zelf dient te verzekeren bij een pensioenuitvoerder naar keuze. Dit alternatief sluit in feite aan bij de vormgeving van de Verplichtstelling van de regeling bij beroepspensioenfondsen op grond van de WVB. Ook zou eventueel kunnen worden gedacht aan

¹⁵³ HvJEU, zaken C-115/97 t/m 117/97 Jurispr. 1999, p. I-6025 ('*Brentjens*'), r.o. 110.

¹⁵⁴ Zie ook *Lutjens* 2007 (1).

een pensioenplicht waarbij een bepaalde minimumpensioenregeling moet worden verzekerd (zie ook §6.2). Het HvJEU merkte hiervoor op dat, gezien de sociale functie van de aanvullende pensioenregelingen en de ruime beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken bij het inrichten van hun sociale zekerheidsstelsel, het aan de Nederlandse overheid is om met het oog op de karakteristieken van het nationale pensioenstelsel te onderzoeken of het aangedragen alternatief ertoe leidt dat een zelfde pensioenniveau kan worden gegarandeerd als bij het gebruik van de verplichtingstelling. In hoofdstuk 6 beoordeel ik alternatieven die zijn aangedragen voor (en binnen) de Verplichtstelling.

3.3.3.4 Geen onjuist gebruik vrijstellingsbevoegdheid: ‘dubbele pettenproblematiek’

Het HvJEU heeft in het AG2R arrest geoordeeld dat, indien sociale partners de overheid verzoeken om een collectieve overeenkomst algemeen verbindend te verklaren die voorziet in de verplichte aansluiting van alle ondernemingen in een bedrijfstak bij een stelsel van aanvullende vergoeding van zorgkosten dit geoorloofd kan zijn op grond van de mededingingsregels van het VWEU. Ook als er geen mogelijkheid bestaat vrijstelling te verkrijgen (zie artt. 101 en 102 VWEU, in samenhang met art. 4 lid 3 VEU en art. 106 VWEU). Dit is voor de Nederlandse bedrijfstakpensioenfondsen een minder relevante ‘bewegingsvrijheid’, omdat er reeds vrijstelling moet of kan worden verleend, indien aan de daaraan gestelde voorwaarden in het Vrijstellingsbesluit is voldaan. De discretionaire vrijheid die een bedrijfstakpensioenfonds heeft om te bepalen of en zo ja onder welke voorwaarden een verzoek tot onverplichte vrijstelling wordt ingewilligd, is in die zin slechts een extra mogelijkheid om vrijstelling te kunnen verkrijgen. De geoorloofdheid van het ontbreken van een wettelijke vrijstellingskader is met name relevant voor de verplicht gestelde beroepspensioenregelingen. Beroepspensioenverenigingen komen immers overeen of en zo ja onder welke redenen vrijstelling van deelneming kan worden verkregen door werkgevers.¹⁵⁵

In de arresten Brentjens c.s. heeft het HvJEU beoordeeld of de dubbele hoedanigheid van het bedrijfstakpensioenfonds bij het beoordelen van een verzoek tot deelnamevrijstelling kan leiden tot een onjuist gebruik van de vrijstellingsbevoegdheid. Het fonds is dan immers zowel beheerder van de pensioenregeling, als de bevoegde instantie die belast is met het beoordelen van vrijstellingsverzoeken. Het HvJEU overwoog dat de beoordeling van verzoeken tot deelnamevrijstelling door de bedrijfstakpensioenfondsen zelf, op zichzelf niet hoeft te leiden tot onverenigbaarheid met het EU-recht. Het HvJEU voert daartoe twee argumenten aan. Het eerste argument is dat fondsen bij een verzoek tot vrijstelling moeten toetsen aan specifiek omschreven regels die per vrijstellingsgrond in het Vrijstellingsbesluit zijn opgenomen. In de artikelen 2 t/m 5 en artikel 7 van het Vrijstellingsbesluit is immers bepaald onder welke omstandigheden een fonds vrijstelling moet verlenen en welke voorschriften daarbij in acht dienen te worden genomen. Deze bepalingen zijn bindend voor het fonds. Het tweede argument luidt, dat bij een verzoek tot vrijstelling sprake is van complexe materie waarvoor grote expertise is benodigd. Deze expertise is ingevolge het Hof aanwezig bij de bedrijfstakpensioenfondsen in kwestie, maar zal niet snel in dezelfde mate bij andere partijen aanwezig zijn.

De vraag of de behandeling van een verzoek tot vrijstelling door een bedrijfstakpensioenfonds zou kunnen leiden tot onverenigbaarheid met het EU-recht en of aanvullende waarborgen nodig zijn om (de schijn van) belangenverstrengeling bij de beoordeling van een verzoek tot vrijstelling te beoordelen, is negatief beantwoord door het HvJEU. Bedacht moet wel worden dat het antwoord op de vraag steeds af zal hangen van de casuïstiek.

¹⁵⁵ Zie ook Bijl 1989, p. 58. In de WVB zijn slechts mogelijkheden tot ontheffing opgenomen voor personen die tijdelijk werkzaam zijn in Nederland (art. 18 WVB) of die vanwege gemoedsbezwaardheid niet willen deelnemen (art. 19 WVB).

Immers, de verplichte vrijstellingsgronden zijn weliswaar omschreven in het Vrijstellingsbesluit, maar aan het fonds kan in gevallen een ruime(re) beoordelingsmarge toekomen. Gedacht kan worden aan de beoordeling van de Z-toets en de beoordeling van de actuariële en financiële gelijkwaardigheid van de eigen pensioenregeling van een werkgever.

Bij een verzoek tot verlening van *onverplichte* vrijstelling, zoals opgenomen in artikel 6 Vrijstellingsbesluit, wordt het fonds naar het oordeel van het HvJEU eveneens niet aangezet tot misbruik van zijn bevoegdheid. Dat is zo volgens het Hof omdat het fonds moet toetsen aan de voorschriften die het Vrijstellingsbesluit daaraan stelt in artikel 7. Zo moet de eigen pensioenregeling van een onderneming ten minste actuariel gelijkwaardig zijn aan die van het fonds en dezelfde aanspraken bieden (zie art. 7 lid 3, 5 en 6 Vrijstellingsbesluit). Vrijstelling behoeft niet te worden verleend indien het financiële evenwicht of de economische levensvatbaarheid van het fonds in gevaar wordt gebracht. In Nederland is het beleid van de bedrijfstakpensioenfondsen er in beginsel op gericht geen onverplichte vrijstelling te verlenen. In dat verband meen ik dat de weigering om onverplicht vrijstelling te verlenen in principe niet snel tot misbruik van bevoegdheid zal leiden, indien een fonds een eenduidig beleid voert dat erop is gericht te voorkomen dat de collectiviteit en solidariteit binnen de pensioenregeling worden aangetast door het weglopen van ‘goede risico’s’ (zie r.o. 78 van het AG2R arrest).

Gelet op de complexiteit van de beoordeling van een verzoek tot vrijstelling en de risico’s die de verlening van vrijstellingen kunnen opleveren voor het financiële evenwicht van een fonds – en dus voor de vervulling van de bijzondere taak van het fonds – is een ruime beoordelingsmarge volgens het HvJEU in de arresten *Brentjens c.s.* noodzakelijk en mag een lidstaat besluiten de bevoegdheid tot het verlenen van vrijstelling bij het pensioenfonds zelf neer te leggen. Het is aan de bevoegde nationale rechter om te bepalen of het fonds geen willekeurig gebruik heeft gemaakt van zijn vrijstellingsbevoegdheid en of het bij zijn beslissing het non-discriminatiebeginsel en overige wettigheidsvoorwaarden in acht heeft genomen.

Op 23 april 2013 heeft het CBB een uitspraak gedaan over de toelaatbaarheid van de ‘dubbele pettenproblematiek’ bij uitvoerders van verplicht gestelde regelingen. Het betreft in deze zaak een werkgever met een eigen pensioenregeling, die bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds een verzoek tot het verlenen van vrijstelling had ingediend.¹⁵⁶ De werkgever tekende beroep aan tegen de afwijzing van het fonds om een deelnamevrijstelling te verlenen op grond van artikel 6 Vrijstellingsbesluit. Het CBB overwoog dat het fonds in redelijkheid had mogen besluiten het belang dat was gediend met het (zoveel mogelijk) handhaven van het solidariteitsbeginsel zwaarder te laten wegen dan het belang van de werkgever en werknemers in kwestie om deel te blijven deelnemen in de eigen pensioenregeling (r.o. 4). Het CBB toetste voorts op verzoek van de werkgever de rol van het bedrijfstakpensioenfonds bij het verlenen van vrijstelling aan overwegingen in het *Brentjens* arrest van het HvJEU. Het CBB overwoog dat uit dit arrest volgt dat een lidstaat van oordeel *kan* zijn dat een vrijstellingsbevoegdheid niet bij een andere instelling dan het bedrijfstakpensioenfonds dient te berusten. Wanneer een nationale rechter een weigering tot het verlenen van vrijstelling moet toetsen, ‘moet deze op zijn minst nagaan of het fonds geen willekeurig gebruik heeft gemaakt van zijn vrijstellingsbevoegdheid en of het bij zijn beslissing het non-discriminatiebeginsel en overige wettigheidsvoorwaarden in acht heeft genomen’ (r.o. 4). Het CBB zag in de onderliggende zaak geen aanknopingspunten voor het oordeel dat het bestreden besluit – te weten: de niet verleende vrijstelling – deze toetst niet zou kunnen doorstaan.

¹⁵⁶ CBB 23 april 2013, *L/N*: BZ8253, *AWB* 10/919 (‘Facet’).

3.3.3.5 Uitbesteding

Op 21 september 2001 oordeelde het HvJEU in het arrest Van der Woude/Stichting Beatrixoord (“**Van der Woude**”)¹⁵⁷ dat de uitzondering op het kartelverbod in artikel 101 lid 2 VWEU (de ‘relatieve immuniteit’) in beginsel ook van toepassing is ingeval de verzekeringsactiviteit wordt uitbesteed.

In het Van der Woude arrest was sprake van een algemeen verbindend verklaarde CAO, op grond waarvan alleen de deelneming in de voorgeschreven ziektekostenverzekeraar leidde tot premiebetaling door de werkgever. De verzekeraar had de verzekeringsactiviteit uitbesteed aan een derde. Indien de verzekeringsactiviteit vanwege de uitbesteding niet meer onder de relatieve immuniteitsbepaling zou vallen, zou volgens het HvJEU sprake zijn van een ongerechtvaardigde ingreep in de vrijheid van de sociale partners. De sociale partners moeten volgens het Hof, wanneer zij een collectieve overeenkomst sluiten over arbeidsvoorwaarden, ook tot oprichting van een apart uitvoeringsorgaan kunnen besluiten en de mogelijkheid voor dit orgaan om een andere verzekeraar in te schakelen. Ingeval sociale partners besluiten een collectieve overeenkomst te sluiten over de arbeidsvoorwaarde pensioen, mogen zij derhalve ook besluiten dat het verplicht te stellen bedrijfstakpensioenfonds de pensioenen in overeenstemming met de wet (deels) mag uitbesteden. In de volgende paragraaf wordt bezien of de Verplichtstelling in strijd kan komen met het vrij verkeer van diensten en vestiging.

3.4 Vrij verkeer van dienstverlening en vestiging

Lidstaten dienen ervoor zorg te dragen dat het nationaal recht geen bepalingen bevat die tot belemmeringen van de vrije verkeer bepalingen kunnen leiden (‘negatieve integratie’). Deze verplichting is voor het vrij verkeer van diensten in de artikelen 56 tot en met 62 VWEU opgenomen en voor het vrij verkeer van vestiging in de artikelen 49 tot en met 55 VWEU.

Daar waar de EU (min of meer) uniforme regels heeft vastgelegd voor lidstaten voor bepaalde rechtsgebieden, is sprake van ‘positieve integratie’. Gezien het ‘beginsel van wederzijdse aanvaarding’, dat zijn oorsprong in de rechtspraak vindt, moeten de lidstaten ervan uitgaan dat producten, zoals pensioenverzekeringen, die in een andere lidstaat rechtmatig op de markt zijn gebracht, ook aan de eisen voldoen die de lidstaat van bestemming daaraan stelt. Wettelijke uitzonderingen op dit beginsel zijn slechts toegestaan, indien deze noodzakelijk en proportioneel zijn en sprake is van specifieke algemene belangen.

Naast de bepalingen in het VWEU, bevat de IORP-Richtlijn relevante bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten en vestiging in relatie tot (verplicht gestelde) pensioeninstellingen. De IORP-Richtlijn trad op 3 juni 2003 in werking en vormde een eerste stap op weg naar een op Europese schaal georganiseerde interne markt voor bedrijfspensioenvoorzieningen (zie §2.6.1). Sinds de inwerkingtreding van de richtlijn kunnen pensioenuitvoerders grensoverschrijdende pensioendiensten in andere lidstaten aanbieden als zij de benodigde vergunning in het thuisland hebben verkregen.

¹⁵⁷ HvJEU, 21 september 2000, C-222/98, Jurispr. 2000, p. I-7129 (‘Van der Woude’).

De bepalingen in de IORP-Richtlijn zijn geïmplementeerd in de Pensioenwet.¹⁵⁸ In Nederland kwalificeren alleen het pensioenfonds, de PPI en straks ook de API als pensioeninstellingen in de zin van de IORP-Richtlijn.¹⁵⁹ Pensioenverzekeraars vallen niet onder de werking van de IORP-Richtlijn.

3.4.1 Hiërarchie tussen het VWEU en de IORP-Richtlijn

Het VWEU heeft voorrang boven de IORP-Richtlijn.¹⁶⁰ Een gevolg hiervan is dat bepalingen in de richtlijn inhoudelijk niet in strijd mogen zijn met die van het VWEU. De Nederlandse regering dient er op haar beurt voor zorg te dragen dat de bepalingen in de IORP-Richtlijn juist zijn geïmplementeerd in het nationale recht. De implementatie van de richtlijn is in Nederland in 2006 geschied, in de Pensioen- en Spaarfondsenwet (thans: de Pensioenwet).¹⁶¹

Alhoewel het VWEU in hiërarchie boven de IORP-Richtlijn gaat, worden onderstaand eerst de mogelijke beperkingen van het vrij verkeer besproken op grond van de IORP-Richtlijn in relatie tot de Verplichtstelling (§3.4.2), voordat wordt toegekomen aan de bespreking van deze problematiek op grond van het VWEU (§3.4.3 en §3.4.4). De logica van deze volgorde is kort gezegd dat de inhoud van de IORP-Richtlijn leidend is voor de uitkomst van de toets, mits de richtlijn niet tot strijd met het VWEU leidt.

3.4.2 De IORP-Richtlijn

In de IORP-Richtlijn wordt voorgeschreven dat de lidstaten de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen moeten toelaten om bijdragen over te maken naar instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen die zijn gevestigd in een andere lidstaat, onverminderd 'de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels' (zie art. 20 lid 1 IORP-Richtlijn). In overweging 37 van de richtlijn is toegelicht dat het sociale en arbeidswetgeving betreft, voor zover relevant voor bedrijfspensioenen. Het verschilt per lidstaat welke eisen worden gesteld aan de sociale en arbeidswetgeving, vanwege het subsidiariteitsbeginsel en de eigen opzet van de nationale pensioenstelsels. Deze verschillende eisen zijn lastig te kennen door belanghebbenden.

In de Pensioenwet en WVB is vastgelegd aan welke regels van nationale sociale en arbeidswetgeving instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen uit andere lidstaten ('IORP's') zich *ten minste* moeten houden indien zij pensioen uitvoeren van een in Nederland gevestigde onderneming (art. 2 lid 13 PW en art. 2 lid 6 WVB).¹⁶² Het betreft een grote hoeveelheid bepalingen, waaronder die inzake het karakter en de inhoud van de pensioenovereenkomst, de tijdsevenredige verwerving van pensioenaanspraken, het wijzigen van de pensioenovereenkomst, informatie en hoorplichten, de inhoud van de uitvoeringsovereenkomst, het behoud van aanspraken bij beëindiging van de deelneming, rechten van de pensioenuitvoerder in het kader van de uitvoering, voorwaardelijke toeslagverlening en detachering.

¹⁵⁸ Stb. 2006, 51.

¹⁵⁹ De IORP-Richtlijn laat de mogelijkheid open voor lidstaten om deze van toepassing te verklaren op levensverzekeraars, indien de verzekeringsactiviteiten en bedrijfspensioenvoorzieningen volledig van elkaar worden afgescheiden (art. 4 IORP-Richtlijn). Nederland heeft geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

¹⁶⁰ Beperkingen in Richtlijnen ten aanzien van het vrij verkeer zijn onder meer opgenomen in de Detacheringsrichtlijn, de Dienstenrichtlijn en de IORP-richtlijn.

¹⁶¹ Stb. 2006, 51.

¹⁶² In artikel 2 lid 13 PW is opgenomen dat, waar in de PW wordt gesproken over Nederlandse sociale en arbeidswetgeving, dit ten minste de artikelen 1, 2, 4, 7 tot en met 28, 31, 35 t/m 53, 55 t/m 95, 97 en 98 betreft. In artikel 2 lid 6 WVB wordt verwezen naar de artikelen 1, 2, 19 t/m 23, 28, t/m 39, 44, 45, 48 t/m 64, 66 t/m 103 en 105.

Het financiële en algemene toezicht op pensioeninstellingen valt niet onder ‘de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels’.¹⁶³ Bepalingen betreffende het FTK en toezicht en handhaving door de toezichthouder zijn om die reden door de Nederlandse wetgever niet (bij wet) aangewezen als nationale sociale en arbeidswetgeving (zie art. 2 lid 13 PW en art. 2 lid 6 WVB).

Gezien artikel 20 lid 1 IORP-Richtlijn en de parlementaire behandeling bij de Invoeringswet van de Pensioenfondsrichtlijn¹⁶⁴, valt het systeem van de Verplichtstelling onder de sociale en arbeidswetgeving van Nederland.¹⁶⁵ Dat geldt ook voor de collectieve arbeidsovereenkomsten op grond waarvan de Verplichtstelling wordt aangevraagd en de door de sociale partners gedefinieerde werkingssfeer van de bedrijfstak (of beroepsgroep). Van Marwijk Kooij gaf in dat verband reeds aan dat de buitenlandse pensioeninstelling de systematiek van de Verplichtstelling derhalve zal moeten accepteren, alhoewel de Nederlandse Verplichtstelling een vergaande beperking van het vrij verkeer kan inhouden voor grensoverschrijdende pensioeninstellingen en pensioenuitvoerders. Er is immers sprake van een domein- en taakafbakening en voorts kunnen andere (buitenlandse) pensioeninstellingen en pensioenverzekeraars met zetel in het buitenland geen Verplichtstelling verkrijgen. Al was het maar omdat sprake moet zijn van een rechtspersoon, die is opgericht naar Nederlands recht. Andersom dienen lidstaten het toe te staan wanneer nationale pensioeninstellingen bijdragen ontvangen van ondernemingen die zijn gevestigd in een andere lidstaat.

De IORP-Richtlijn maakt het mogelijk dat pensioeninstellingen pensioenregelingen uitvoeren met deelnemers in meer dan één lidstaat. De achterliggende gedachte is dat bovenstaande grensoverschrijdende diensten aanzienlijke schaalvoordelen kunnen opleveren voor de pensioenuitvoerders en dat zij de arbeidsmobiliteit en het concurrentievermogen van de bedrijfstak binnen de EU kunnen vergroten. De beoogde marktwerking binnen de Europese pensioensector wordt bereikt als concurrentie op de pensioenuitvoering leidt tot de laagst mogelijke uitvoeringskosten. Dit alles is ingevolge de IORP-Richtlijn mogelijk als lidstaten elkaars prudentiële normen over en weer erkennen. Dat is niet altijd eenvoudig, want er zijn grote verschillen (in kwaliteitsnormen) die de verschillende nationale pensioenstelsels stellen aan pensioenfondsen. Door deze verschillen kunnen beperkingen optreden van het vrij verkeer van diensten en vestiging. In hoofdstuk 4 komt aan de orde dat de EC in toenemende mate streeft naar het uitoefenen van invloed op de nationale pensioenstelsels.

3.4.3 Rechtspraak Hoge Raad

De Verplichtstelling van beroepspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen is door de Hoge Raad niet inhoudelijk getoetst aan de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening. In een drietal arresten uit de jaren '90 over verplicht gestelde pensioenfondsen, oordeelde de Hoge Raad alleen dat het uitsluitende recht van de pensioenfondsen om een pensioenregeling te beheren voor de bedrijfstak weliswaar het mededingingsrecht beperkt, maar niet *mede* het vrij verkeer van vestiging en diensten.¹⁶⁶ De Hoge Raad nuanceerde in het Albany International arrest dat het vraagstuk van de verenigbaarheid van de Verplichtstelling reeds op grond van het – volgens de

¹⁶³ Zie ook Van Marwijk Kooij in Lutjens 2010, p. 231.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 23 en p. 4-5.

¹⁶⁵ Ook bepalingen zoals die inzake de onderbrengingsplicht, voorschriften met betrekking tot gelijke behandeling en informatievoorschriften vallen onder de sociale en arbeidswetgeving van Nederland. De dienstverlening door andere (buitenlandse) bedrijfsinstellingen kan door het stellen van deze voorschriften worden beperkt.

¹⁶⁶ Zie Hoge Raad, 22 oktober 1993, *LJN* ZC1105, nr. 15088 ('Van Schijndel'), r.o. 3.4.2; Hoge Raad, 6 juni 1997, *NJ* 2000, 232 ('Drijvende Bokken'), r.o. 3.6; en Hoge Raad, 5 februari 1999, *NJ* 2000, 451 ('Albany International'), r.o. 3.3.

Raad relevantere – communautaire mededingingsrecht kon worden beantwoord en dat om die reden prejudiciële vragen over de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening overbodig waren.¹⁶⁷ De juistheid van deze uitspraak is echter achterhaald door rechtspraak van het HvJEU op dit punt.¹⁶⁸ Deze rechtspraak wordt onderstaand besproken.

3.4.4 Rechtspraak HvJEU

Ook wanneer de toets aan het mededingingsrecht is doorstaan, kan ingevolge het HvJEU op grond van het VWEU sprake zijn van een niet te rechtvaardigen beperking van bepalingen inzake vrij verkeer of vestiging. De beperkingen die door de Verplichtstelling kunnen optreden bij het grensoverschrijdend aanbieden van diensten door pensioeninstellingen, of de beperkingen die ten aanzien van de vrijheid van vestiging kunnen optreden door de Verplichtstelling, lijken echter vooralsnog gerechtvaardigd op grond van de IORP-Richtlijn. De Verplichtstelling en de onderliggende collectieve overeenkomst zijn door Nederland immers aangemerkt als ‘nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels’. Onderstaand wordt voorts getoetst aan de bepalingen van het vrij verkeer van diensten en vestiging in het VWEU.

In de arresten *Brentjens c.s.* en het *Van der Woude* arrest heeft het HvJEU overwogen dat collectieve overeenkomsten tussen sociale partners, met als doel verbetering van de arbeidsvoorwaarden, niet onder het kartelverbod vallen (art. 101 VWEU). Er is sprake van relatieve immuniteit voor het kartelverbod.

Indien sprake is van verenigbaarheid met het mededingingsrecht, impliceert dit nog niet dat de collectieve arbeidsovereenkomsten, geen strijd meer kunnen opleveren van met andere bepalingen van het EU-recht. In het arrest *Viking Line* heeft het HvJEU overwogen dat bepalingen van collectieve overeenkomsten (voorts) kunnen worden getoetst aan het vrije verkeer van personen.¹⁶⁹ In het *Kattner Stahlbau* arrest heeft het HvJEU geoordeeld dat de Verplichtstelling tot aansluiting bij een sociaal zekerheidsstelsel de toepasselijkheid van de bepalingen van het VWEU (toen nog: het EG-Verdrag), met name waar het de bepalingen inzake vrije dienstverrichting betreft, niet uitsluit.¹⁷⁰ In het arrest *EC/Bondsrepubliek Duitsland* uit 2010 (C-271/08, punt 46) overwoog het HvJEU, dat ondanks de relatieve immuniteit voor het kartelverbod ten aanzien van de collectieve overeenkomst in kwestie, bij de aanwijzing van de uitvoerder van de overeengekomen regeling wel de regels van de EU, met name de beginselen van vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten in acht moeten worden genomen. In het arrest *EC/Bondsrepubliek Duitsland* was sprake van een pensioenregeling die voor overheidswerknemers was getroffen bij collectieve overeenkomst. De vraag of de aanbestedingsprocedure ten aanzien van de pensioenuitvoerder moest worden gevolgd stond centraal. Geoordeeld werd dat naast toetsing aan het mededingingsrecht, ook toetsing aan de ‘vrijheden’ in het VWEU dient plaats te vinden. Dat geldt derhalve ook voor de onderliggende collectieve overeenkomst die sociale partners sluiten en op grond waarvan zij de Verplichtstelling aanvragen. De beperkingen van de vrije verkeerbepalingen kunnen echter gerechtvaardigd zijn.

¹⁶⁷ Hoge Raad, 5 februari 1999, *NJ* 2000, 451 (‘*Albany International*’), r.o. 3.3.

¹⁶⁸ Zie o.a. HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, *Jurispr.* 2009, p. I-01513 (‘*Kattner Stahlbau*’), r.o. 74 t/m 77.

¹⁶⁹ HvJEU, 11 december 2007, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10799 (‘*Viking Line*’), r.o. 54.

¹⁷⁰ HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, *Jurispr.* 2009, p. I-01513 (‘*Kattner Stahlbau*’), r.o. 75.

Gelet op de bestaande convergentie tussen de algemeenbelangexcepties uit het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging, meen ik, evenals Sluijs, dat het verzoek tot Verplichtstelling, het overheidshandelen (de Verplichtstelling) en het handelen van de fondsen, onder het *rule of reason*-regime vallen uit het vrij dienstenverkeer. Voor de toepassing van het vrij verkeer geldt geen relatieve immuniteit. Er is sprake van gereguleerde marktwerking waarbij een balans moet worden gevonden tussen economische en niet-economische sociale zekerheidsbelangen. Eerstgenoemde belangen worden nagestreefd op grond van het mededingingsrecht, laatstgenoemde in sectorale wetgeving. De beperkingen die voortvloeien uit het stelsel van verplicht gestelde fondsen kunnen gerechtvaardigd zijn om redenen van algemeen belang. Deze redenen mogen in de eerste plaats door de lidstaten zelf worden geformuleerd. Nederland heeft de pensioenuitvoerders van een Verplichtstelling een bijzondere sociale taakopdracht gegeven (zie arresten Brentjens c.s.). Bij de uitleg van het noodzakelijkheids- en evenredigheidsvereiste in het vrij dienstenverkeer zal een zelfde toets als bij het mededingingsrecht worden toegepast ('convergentie').

Het ligt in de rede dat het Hof het Verplichtstellingsbesluit zal toestaan op grond van de *rule of reason*-uitzondering. De motivering besprak ik al eerder in de paragraaf inzake de rechtspraak van het HvJEU over de beperking van de mededinging. Dat ligt niet voor de hand voor vrijwillige pensioenmodules binnen de regeling (zie ook Sluijs).

In het arrest EC/Bondsrepubliek Duitsland wordt geoordeeld dat de Europese aanbestedingsprocedure dient te worden gevolgd bij overheidsopdrachten. Dit betekent dat de Nederlandse regering er ook rekening mee dient te houden dat bij het ABP de aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd bij het aanwijzen van een pensioenuitvoerder. Het HvJEU overwoog dat onderhandelingen inzake de inhoud van de collectieve arbeidsovereenkomst en de uitvoeringsovereenkomst hebben plaatsgevonden door betrokken werkgevers. Mede hierdoor wordt de gunning van de pensioenregeling aangemerkt als aanbesteding. Werknemers zijn voorts op grond van de WPA verplicht om deel te nemen in het ABP. Ik meen dat voor hen in de praktijk geen sprake is van contractvrijheid, alhoewel de WPA vermeldt dat (in theorie) in de pensioenovereenkomst de pensioenuitvoerder wordt overeengekomen. In de standaard pensioenovereenkomsten wordt vervolgens besloten tot oprichting van het ABP (zie in gelijke zin Van Marwijk Kooij). Het volgen van een aanbestedingsprocedure zorgt voor meer marktwerking en een heldere gereguleerde marktwerking. Een dergelijke procedure kan om die reden ook interessant zijn voor de wijze waarop beroepspensioenverenigingen de uitvoerder kiezen, alhoewel er ook haken en ogen kleven aan de vergaande regels die moeten worden gevolgd voor openbare aanbesteding. Voorts kan de procedure interessant zijn ingeval wordt overwogen om de Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds te wijzigen in een Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenregeling (zie H5).

3.4.5 Afschaffen individuele pensioenmodules nodig?

Individuele pensioenmodules zijn naar verwachting niet per definitie onverenigbaar met het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten. Bedacht moet worden dat de modules immers verplicht zijn voor de betrokken werkgevers. Het zijn alleen de werknemers die keuzevrijheid hebben. Ingeval de Verplichtstelling zich richt op de omschrijving van de werkgeversactiviteiten en de werknemers die bij de werkgever in dienst zijn, wordt in beginsel voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste in de algemeenbelangexceptie van artikel 106 lid 2 VWEU. Immers, indien de Verplichtstelling komt te vervallen, kunnen werkgevers met relatief veel 'goede risico's' eerder geneigd zijn niet langer (tegen een doorsneepremie) aan te willen sluiten en worden de kosten voor werkgevers met relatief veel 'slechte risico's' onaanvaardbaar hoog.

Tegen het voorgaande zijn ook argumenten in te brengen. Een risico wordt mogelijk gevormd door de wijze van financiering van vrijwillige pensioenvoorzieningen. Voor vrijwillige pensioenvoorzieningen geldt de eis van de doorsneepremie niet (zie art. 8 lid 2 Wet Bpf 2000 en art. 23 lid 2 WVB). De vrijwillige modules binnen de Verplichtstelling dragen in dat opzicht niet bij aan de mate van solidariteit binnen een pensioenregeling. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de mogelijkheid tot Verplichtstelling van vrijwillige voorzieningen beperkter dan thans het geval is.¹⁷¹ Het voorstel was in eerste instantie dat alleen vrijwillige voorzieningen met een sociale doelstelling – waaronder nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen – verplicht mochten worden gesteld. Deze oorspronkelijke beperking paste bij de geest van de Verplichtstelling, maar heeft het niet gered. Het amendement De Vries uit 2000, dat mede ten gevolge zou hebben dat de doorsneepremie ook voor vrijwillige pensioenvoorzieningen zou gelden, is eveneens verworpen.¹⁷² Op zich is dat niet verwonderlijk, aangezien het bij de vrijwillige modules vooraf niet goed is in te schatten of en zo ja welke deelnemers daaraan zullen deelnemen en welke risico's deze deelnemers met zich brengen. Een doorsneepremie kan daardoor niet goed (vooraf) worden berekend. Achteraf correcties doorvoeren is bezwaarlijk, gezien de administratieve lasten en problematiek rondom het terugstorten of terugvorderen van te veel of te weinig betaalde premie.

Tenslotte komt dan de vraag of sprake is van een onnodige overschrijding van de regels inzake taakafbakening. In dat verband zal leidend zijn of er binnen de bedrijfstak of beroepsgroep voldoende behoefte is aan de (vrijwillige) pensioenvoorzieningen en er derhalve wordt voorzien in een 'marktvraag'. Ik adviseer naar aanleiding van het voorgaande aan sociale partners om steeds goed te toetsen of de belangen van specifieke groepen deelnemers in subsectoren gediend zijn met de vrijwillige modules. Is daar sprake van dan kan ook worden overwogen een aparte regeling te creëren voor de specifieke subsector binnen de Verplichtstelling. Let wel dat deze reglementen onderdeel moeten (gaan) uitmaken van het pensioenreglement van het bedrijfstakpensioenfonds (of de beroepsgroep), aangezien de inhoud van de pensioenregeling tot de verantwoordelijkheid van sociale partners behoort.¹⁷³ Voorts behoort het ook tot de mogelijkheden om een afzonderlijke bedrijfstakpensioenfonds op te richten, ingeval de belangen van een specifieke subsector dermate afwijken van de hoofdsector, dat solidariteit met de basispensioenregeling binnen de hoofdsector onwenselijk is.¹⁷⁴ Het is immers niet toegestaan om vermogens af te scheiden voor de verschillende pensioenregelingen die worden uitgevoerd door bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen, gezien de eis van één financieel geheel die van toepassing is op pensioenfondsen (zie art. 123 PW).

3.5 Tussenconclusie

Het verzoek om deelneming in de pensioenregeling van een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenfonds verplicht te stellen en het opleggen van de Verplichtstelling door de Minister is ingevolge de rechtspraak van het HvJEU verenigbaar met de regels van het mededingingsrecht (artt. 101, 102 en 106 VWEU). Dat heeft het HvJEU ten aanzien van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen geoordeeld in de arresten Albany, Brentjens en Drijvende Bokken. In het Pavlov arrest is overeenkomstig geoordeeld voor de verplicht gestelde beroepspensioenregelingen. De uitkomst van de toets door het HvJEU is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

¹⁷¹ Zie *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 073, nr. 15-herdruk. Bij amendement van Van Zijl/Balkende zijn deze beperkingen uit het wetsvoorstel gehaald.

¹⁷² *Kamerstukken II* 2000-20001, 27 073, nr. 13 en *Handelingen II* 3 oktober 2000, p. 7-373.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 073, nr. 6, p. 10.

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 073, nr. 6, p. 9.

Mijn verwachting is dat de rechtvaardiging voor het uitsluitend recht van verplicht gestelde pensioenfondsen voor een gemiddeld pensioenfondsen ook vandaag de dag nog aanwezig is. Onderstaand volgt een samenvatting van de relevante criteria, waaraan het HvJEU toetst.

Relatieve immuniteit voor het kartelverbod: De collectieve overeenkomsten, die op grond van een verzoek van sociale partners verplicht wordt gesteld voor een bedrijfstak en waaruit verplichte deelneming aan een pensioenregeling voortvloeit, vallen volgens het HvJEU wegens hun aard en doelstellingen *niet* onder het kartelverbod van artikel 101 VWEU ('relatieve immuniteit'). Dat is niet anders indien een bedrijfstakpensioenfonds over gaat tot uitbesteding. De relatieve immuniteit geldt niet voor verplichte beroepspensioenfondsen, omdat geen sprake is van een collectieve overeenkomst, waarvan sociale partners de Verplichtstelling verzoeken. De zelfstandige beroepsgenoten regelen dit immers zelf.

Onderneming en economische activiteit: De verplicht gestelde pensioenfondsen, en ook de zelfstandige beroepsgenoten en fondsen die de verplicht gestelde regeling uitvoeren, zijn volgens het HvJEU ondernemingen in de zin van artikel 101 e.v. VWEU. Er is geen sprake van een onderneming indien de pensioenuitvoerder een zuiver sociale aard heeft. Dit wordt als volgt getoetst: nadat het (1) sociale doel van een verzekeringsregeling is vastgesteld, kan nog niet worden uitgesloten dat de betrokken activiteit als economische activiteit wordt aangemerkt. In het bijzonder moet daarom nog worden beoordeeld of de bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen overeenkomstig (2) het solidariteitsbeginsel werken en of er sprake is van (3) staatstoezicht. De fondsen in kwestie voeren volgens het HvJEU onder meer economische activiteiten uit, doordat zij zelf de hoogte van de premies en uitkering bepalen, werken volgens het kapitalisatiebeginsel en onder staatstoezicht vallen.

Uitsluitend recht: De verplicht gestelde pensioenfondsen in de arresten *Brentjens c.s.* en *Pavlov* bezitten een uitsluitend recht ten aanzien van het pensioenbeheer voor de specifieke bedrijfstak of beroepsgroep. Ook is sprake van een machtspositie binnen de betrokken bedrijfstakken. Het enkele feit dat door het verlenen van een uitsluitend recht een machtspositie wordt verleend is als zodanig niet onverenigbaar met artikel 106 lid 2 VWEU. Bezien moet worden of gebruik kan worden gemaakt van de algemeenbelangexceptie in voornoemd artikel.

Algemeenbelangexceptie: Het uitsluitende recht van de fondsen en de concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, kan volgens het HvJEU gerechtvaardigd worden 'als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang' (zie art. 106 lid 2 VWEU). Ondernemingen die met het beheer van diensten van algemeen economisch belang zijn belast, vallen alleen onder de mededingingsregels voor zover de toepassing van die regels de vervulling van de hun opgedragen bijzondere taak niet verhindert (art. 106 lid 2 VWEU). De verplicht gestelde fondsen verrichten volgens het HvJEU een essentiële sociale functie, vanwege de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen. Het belang van deze sociale functie van aanvullende pensioenregelingen is ook bevestigd door de gemeenschapswetgever door de vaststelling van de richtlijn 98/49/EG van de Raad van 29 juni 1998. Doel en middel zijn in die zin proportioneel te noemen.

Noodzakelijkheidsvereiste: ik verwacht dat ook in de huidige tijd de gemiddelde verplicht gestelde pensioenregeling zal kunnen voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste, in het kader van de algemeenbelangexceptie (art. 106 lid 2 VWEU). Pensioenuitvoerders kunnen hun uitsluitende recht om een verplicht gestelde pensioenregeling te beheer niet uitoefenen indien zij de Verplichtstelling niet kunnen handhaven. De 'goede' risico's zullen zonder Verplichtstelling immers vertrekken, waardoor de kosten voor de 'slechte' risico's op termijn onaanvaardbaar hoog zullen worden.

De inkomensoverdrachten binnen de pensioenregelingen kunnen op het niveau van de werkgevers aanzienlijk zijn, indien sprake is van werkgevers met afwijkende deelnemersbestanden. Werkgevers met bovengemiddeld veel 'goede' risico's zullen niet langer willen deelnemen aan de pensioenregeling in kwestie, indien de Verplichtstelling wordt afgeschaft.

Solidariteitsbeginsel: Bij het beoordelen van het noodzakelijkheidsvereiste, in het kader van de algemeenbelangexceptie (art. 106 lid 2 VWEU), heeft het HvJEU *mede* van belang geacht of wordt voldaan aan het solidariteitsbeginsel. In het Kattner Stahlbau arrest en AG2R arrest zijn twee hoofdcriteria geformuleerd waaraan (in ieder geval) moet zijn voldaan, om te voldoen aan het solidariteitsbeginsel: (1) de financiering van het stelsel dient te geschieden door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en (2) de waarde van de prestaties is niet noodzakelijkerwijs evenredig aan het loon van de verzekerde. Welke elementen bij het beantwoorden van deze twee vragen van belang kunnen zijn, wordt deels gegeven in de arresten Brentjens c.s. en Pavlov en voorts in het Kattner Stahlbau arrest en het AG2R arrest. Het betreft geen uitputtende opsomming door het HvJEU.

Aan de eerste eis wordt over het algemeen door een pensioenfonds voldaan. De risico's van (de deelnemers van) de individuele aangesloten ondernemingen worden immers over de gehele bedrijfstak gespreid. Bij DB-regelingen geschiedt dit middels het gebruik van een doorsneepremie en een doorsnee-opbouw. Bij beroepspensioenregelingen behoeft geen doorsneepremie te worden berekend indien sprake is van een premieregelingen. Alhoewel het HvJEU zich niet expliciet heeft uitgesproken over premieregelingen, zal bij deze regelingen naar verwachting ook aan de eerste eis van het solidariteitsbeginsel worden voldaan. Aan de tweede eis wordt eenvoudiger voldaan naar mate er meer aanspraken kunnen ontstaan waarvoor geen additionele premie wordt voldaan op het niveau van de deelnemer. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan rechten op premievrije opbouw gedurende arbeidsongeschiktheid, zonder dat daarvoor (additionele) premie wordt voldaan. Hoe minder solidair de doorsneesystematiek is, hoe relevanter de solidaire elementen in de pensioenregeling zullen worden. Opgemerkt zij dat het HvJEU het hanteren van een doorsneepremie of een doorsnee-opbouw niet verplicht heeft gesteld in het kader van de algemeenbelangexceptie. Wel verwacht ik dat zonder een solidaire premie de Verplichtstelling niet langer gerechtvaardigd kan worden onder het EU-mededingingsrecht, aangezien de verschillen in pensioenregelingen tussen verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en pensioenverzekeraars dan te gering worden. De mate van solidariteit zal bij verplicht gestelde beroepspensioenregelingen naar verwachting minder mogen zijn dan bij bedrijfstakpensioenregelingen, gezien de aard van het ondernemerschap.

Het vrij verkeer van diensten en vestiging: Ingeval de verenigbaarheid van de Verplichtstelling wordt getoetst aan het vrij verkeer van diensten en vestiging op grond van het VWEU, kom ik via de band van de algemeenbelangexceptie in artikel 106 lid 2 VWEU uit op de antwoorden zoals bovenstaand gegeven voor de verenigbaarheid met het EU-mededingingsrecht. Sinds de inwerkingtreding van de IORP-Richtlijn dient echter in de eerste plaats te worden getoetst of de Verplichtstelling in lijn is met de IORP-Richtlijn. Deze IORP-Richtlijn is door de Nederlandse regering geïmplementeerd in de Pensioenwet. De regering was lange tijd niet erg happig op het grensoverschrijdend pensioenverkeer dat wordt bevorderd door de IORP-Richtlijn, mede met het oog op het behoud van de Verplichtstelling. De Raad van de Europese Unie (de "**Raad**") heeft uiteindelijk toegezegd dat lidstaten volledig verantwoordelijk blijven voor de organisatie van het eigen pensioenstelsel en voor de besluitvorming inzake de rol van elk van de drie pensioenpijlers in het eigen pensioensysteem. Vanuit de EU wordt echter in toenemende mate gestreefd naar invloed, zal blijken in paragraaf 5.4.

Voldoen aan sociale- en arbeidswetgeving (andere) lidstaat: Instellingen van bedrijfspensioenvoorzieningen die een in een andere lidstaten geldende pensioenregelingen willen uitvoeren moeten op grond van artikel 20 lid 1 IORP-Richtlijn voldoen aan de sociale- en arbeidswetgeving van die andere lidstaat, op het gebied van de organisatie van het eigen pensioenstelsel. In overweging 37 is toegelicht, dat het sociale- en arbeidswetgeving betreft, voor zover relevant voor bedrijfspensioenen. In de Pensioenwet is niet opgenomen aan welke sociale- en arbeidswetgeving moet worden voldaan door buitenlandse pensioeninstellingen en verzekeraars die grensoverschrijdende diensten willen aanbieden; dat zou de duidelijkheid echter wel ten goede komen. Per lidstaat verschilt het welke eisen worden gesteld aan de sociale- en arbeidswetgeving, vanwege de subsidiariteit en de eigen opzet van het pensioenstelsel. Het financiële en algemene toezicht op pensioeninstellingen valt daar in ieder geval niet onder.¹⁷⁵ Gezien art. 20 lid 1 IORP-Richtlijn en de parlementaire behandeling bij de Invoeringswet van de Pensioenfondsrichtlijn, valt het systeem van de Verplichtstelling, inclusief de onderliggende collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, in ieder geval onder de sociale- en arbeidswetgeving van Nederland. De buitenlandse pensioeninstelling zal de systematiek van de Verplichtstelling derhalve moeten accepteren, alhoewel de Nederlandse Verplichtstelling een vergaande beperking van het vrij verkeer kan inhouden voor grensoverschrijdende pensioeninstellingen en pensioenuitvoerder.

Individuele pensioenmodules: individuele pensioenmodules zijn naar verwachting niet per definitie onverenigbaar met het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten. De modules zijn immers verplicht voor de werkgevers die onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen. Alleen de werknemers hebben keuzevrijheid.

* * * *

¹⁷⁵ Zie Van Marwijk Kooij in Lutjens 2010, p. 231.

|

|

|

|



Hoofdstuk 4 Solidariteit in collectieve pensioenregelingen

4 Solidariteit in collectieve pensioenregelingen

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is besproken dat de mate van solidariteit binnen een pensioenregeling mede van belang is voor het rechtvaardigen van het uitsluitende recht dat pensioenuitvoerders toekomt bij het uitvoeren van een Verplichtstelling (zie §§3.1, 3.1.2 en 3.3.3.1.3). Dit uitsluitende recht is het gevolg van de ‘bijzondere sociale taak van algemeen belang’ waarmee de Minister een fonds of regeling kan belasten op verzoek van sociale partners of beroepspensioenverenigingen. De vraag of en zo ja in welke mate aan het solidariteitsbeginsel uitvoering is gegeven, wordt betrokken bij de vraag of aan het noodzakelijkheidsvereiste is voldaan (ex art. 106 lid 2 VWEU). Ingeval is voldaan aan het proportionaliteitsvereiste en de noodzaak van het uitsluitende recht van een verplicht gesteld fonds is komen vast te staan, dan valt de beperking van de vrije markt die optreedt door de Verplichtstelling onder de algemeenbelangexceptie (artt. 106 lid 2 VWEU). De beperking van de mededinging is in dat geval toegestaan.

Er is in de rechtswetenschap relatief weinig bekend over de ondergrens (en bovengrens) aan solidariteit binnen collectieve pensioenregelingen. Ten dele omdat de rechtspraak casuïstisch is en ten dele omdat daaraan in het verleden weinig tot geen aandacht is besteed. Het is vanuit mededingingsrechtelijk perspectief van belang zo objectief mogelijk te kunnen vaststellen welke mate van solidariteit noodzakelijk is binnen een collectieve pensioenregeling. De mate van solidariteit bepaalt immers mede of het uitsluitend recht van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en verplicht gestelde beroepspensioenregelingen (hierna ook: de ‘verplicht gestelde pensioenregelingen’) onder de algemeenbelangexceptie kan worden gebracht. De kennis over solidariteit binnen verplicht gestelde pensioenregelingen zal naar mijn verwachting de komende jaren moeten toenemen. Redenen hiervoor zijn dat de solidariteit binnen verplicht gestelde regelingen de afgelopen jaar gemiddeld lijkt te zijn afgenomen (zie §4.5.1 en hoofdstuk 5). Voorts is de vraag of deze ontwikkeling van invloed is op de houdbaarheid van de Verplichtstelling vanuit juridisch oogpunt veelal onvoldoende zijn onderbouwd; hetgeen geen vertrouwen geeft. Een helder toetsingskader zal de zuiverheid van discussies over solidariteit en Verplichtstelling ten goede komen (zie §§3.3.3 en 4.7). Ook zal kennis over solidariteit eventueel kunnen leiden tot nieuwe of aangepaste vormen van solidariteit binnen pensioenregelingen.

De paragraafindeling van hoofdstuk 4 is als volgt.¹⁷⁶ Het hoofdstuk valt uiteen in twee delen: paragraaf 4.2 t/m 4.5 en paragraaf 4.6 t/m 4.8. In paragraaf 4.2 wordt beschreven dat de aanvullende pensioenregeling kenmerken heeft van een sociale verzekering. Deze kenmerken worden langs de lat van de rechtspraak van het HvJEU gelegd inzake het solidariteitsbeginsel bij verplicht gestelde arbeidsvoorwaardenregelingen. Vervolgens komen de verschillende verschijningsvormen van solidariteit binnen collectieve pensioenregelingen aan de orde (§4.3). Deze verdieping van het solidariteitsbegrip ontbreekt doorgaans in de rechtspraak en literatuur.

Ontwikkelingen die effect hebben op het ‘solidariteitsdenken’ worden in paragraaf 4.6 behandeld. Besproken worden de toenemende mobiliteit op de arbeidsmarkt, de stijgende vergrijzing en toegenomen duur van de arbeidsparticipatie. In paragraaf 4.7 wordt stil gestaan bij de solidaire (uit)werking van de doorsneepremie en doorsnee-opbouw. In dat verband zal worden onderbouwd dat de onderbouwing van de kritiek op de doorsneepremie in ‘intergenerationele discussies’ (juridisch) veelal onjuist of ongenueanceerd is. Ook komt aan de orde of er solidaire alternatieven zijn voor de doorsneepremie en doorsnee-opbouw, die in specifieke gevallen (beter) recht doen aan bovengenoemde ontwikkelingen. Paragraaf 4.8 behandelt de mogelijke effecten van informatievoorziening over pensioen en solidariteit op het gedrag van individuen. Gestreefd wordt naar een situatie waarin informatievoorziening het inzicht van een individu in het eigen pensioenvermogen verhoogd en meer grip ontstaat van het individu op de eigen financiële situatie. Tot slot komt aan de orde of een ondergrens en bovengrens kunnen worden gesteld aan een (on)aanvaardbare mate van (intergenerationele) solidariteit binnen een pensioenregeling en zo ja, welk nut daar eventueel mee gediend is (§4.9).

- Deel 1 -

4.2 Sociale verzekeringen en aanvullende pensioenregelingen

Een aanvullende pensioenregeling waaraan op verplichte basis wordt deel genomen is een werknemersverzekering die kenmerken heeft van een sociale verzekering. Er is geen sprake van een wettelijke sociale verzekering, waarvan de WAO, WW, ZW, AOW en Anw¹⁷⁷ voorbeelden zijn, daar de specifieke rechten die individuen eventueel kunnen ontleen aan een verplicht gestelde pensioenregeling niet bij wet zijn vastgesteld. De rechten en plichten in verplicht gestelde pensioenregelingen zijn immers op decentraal niveau overeengekomen voor specifieke bedrijfstakken en beroepsgroepen.

Een sociale verzekering kenmerkt zich doordat sprake is van een verzekering op basis van solidariteit. Deze solidariteit vormt het wezenlijke verschil tussen sociale en particuliere verzekeringen.¹⁷⁸ Voor een goede werking van solidariteit is een collectief nodig waarbinnen de baten en lasten in gelijke mate – en derhalve niet evenredig in verhouding tot het risico – worden verdeeld.¹⁷⁹ Ingevolge Fluit wordt bij solidariteit uitgegaan van het principe van de verdelende rechtvaardiging.¹⁸⁰ Er is bij dit principe geen streven naar evenwicht tussen individuele risico’s van individuen, de hoogte van de te betalen premies en de hoogte van de te ontvangen uitkeringen.

De focus van een sociale verzekering ligt bij de inkomensvergoeding en bescherming van werknemers.¹⁸¹ Andere doelstellingen van sociale verzekeringen die in de literatuur worden genoemd zijn onder meer de bevordering van de mobiliteit van werknemers en werkgevers en de ‘bevordering van de activiteit en de bestrijding van economische inactiviteit en maatschappelijke uitsluiting’.¹⁸² De Nederlandse regering streeft met de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen doelstellingen van sociale politiek en (macro-)economische politiek na (zie §3.1).

¹⁷⁷ De werknemersverzekeringen WIA, WAO, WW en ZW worden uitgevoerd door het UWV. De Sociale Verzekeringsbank (“SVB”) is belast met de uitvoering van de volksverzekeringen AOW en Anw. De Belastingdienst int de premies van de volks- en werknemersverzekeringen.

¹⁷⁸ Fluit 2001, p. 1.

¹⁷⁹ Zie Fluit 2001, p. 11. Zie anders Kaptein 1998, p. 81-94.

¹⁸⁰ Zie Fluit 2001, p. 11.

¹⁸¹ Fluit 2001, p. 22.

¹⁸² Fluit 2001, p. 22, voetnoot 19.

Met behulp van de Verplichtstelling wordt solidariteit binnen de pensioenregeling van een bedrijfstak of beroepsgroep bewerkstelligd. Een verzekering heeft ingevolge Fluit een solidair karakter wanneer sprake is van een zwak causaal verband tussen de volgende elementen (het ‘solidariteitsbeginsel’)¹⁸³:

1. risico en uitkering;
2. risico en premie; en
3. premie en prestatie.

4.2.1 Het solidariteitsbeginsel en rechtspraak van het HvJEU

De drie criteria waaraan de solidariteit binnen een sociale verzekering zou moeten voldoen, komt men ook tegen in de rechtspraak van het HvJEU. Het betreft de rechtspraak inzake de beperking van de mededinging in relatie tot de verplichte deelneming in pensioenregelingen (§§3.3.3.1.2 en 3.3.3.1.4). Bij de beoordeling van de vraag of de uitvoerder van een Verplichtstelling een essentiële sociale taakopdracht vervult die noodzakelijk is, heeft het Hof mede van belang geacht of wordt voldaan aan het solidariteitsbeginsel (art. 106 lid 2 VWEU jo art. 102 VWEU). De twee hoofdcriteria waaraan zoals besproken moet zijn voldaan om te kunnen voldoen aan het solidariteitsbeginsel zijn (§3.3.3.1.3)¹⁸⁴:

1. de financiering van het stelsel dient te geschieden door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en
2. de waarde van de prestaties is niet noodzakelijkerwijs evenredig aan het loon van de verzekerde.

Het eerste criterium valt in de categorie ‘risico en premie’. Het tweede criterium, waarbij de waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van een deelnemer, betreft de categorie ‘premie en prestatie’. De categorie ‘risico en uitkering’ is op beide criteria van toepassing.

4.2.1.1 *Risico en premie*

De premiebijdrage binnen een bedrijfstak (of beroepsgroep) mag niet stelselmatig evenredig zijn aan de individuele risico’s van een deelnemer. Het HvJEU heeft onder meer van belang geacht bij de beoordeling van de vraag of aan het eerste criterium wordt voldaan of (zie §3.3.3):

1. het bedrag van de premie niet alleen afhangt van het verzekerde risico;
2. de risico’s van de individuele aangesloten ondernemingen gemeenschappelijk worden gedragen; en
3. de financiering van het stelsel plaatsvindt door middel van forfaitaire bijdragen.

Het hanteren van een gelijk premiepercentage of gelijke premie voor deelnemers aan een verplicht gestelde arbeidsvoorwaardenregeling is ingevolge de rechtspraak van het HvJEU reeds voldoende om aan te nemen dat het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico.¹⁸⁵ In verplicht gestelde pensioenregelingen wordt aan dit vereiste voldaan door het hanteren van een doorsneepremie (zie nader §4.5.2).

¹⁸³ Fluit 2001, p. 32.

¹⁸⁴ Zie HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, Jurispr. 2009, p. I-01513 (‘Kattner Stahlbau’) en HvJEU, 3 maart 2011, C-437/09, PJ 2011/57 (‘AG2R’).

¹⁸⁵ Zie HvJEU, 3 maart 2011, C-437/09, PJ 2011/57 (‘AG2R’).

De risico's van (de deelnemers van) de ondernemingen die verplicht deelnemen in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (of beroepspensioenregeling) worden over de gehele bedrijfstak (of beroepsgroep) gespreid.¹⁸⁶ In de doorsneepremie komen elementen zoals leeftijd, geslacht en gezondheid niet tot uiting. In een individueel geval kan het dus wel zo zijn dat de premiebijdrage evenredig is aan het verzekerde risico, maar er zal doorgaans geen sprake zijn van stelselmatigheid aangezien niet bij iedereen sprake zal zijn van dezelfde risico's. Bij DB-regelingen wordt de directe causaliteit tussen premie en bijdrage vermeden door het gebruik van een doorsneepremie en een doorsnee-opbouw. Bij beroepspensioenregelingen met DC-regelingen, waarbij geen gebruik wordt gemaakt van een doorsneepremie, wordt een direct individueel verband tussen premie en risico onder meer vermeden doordat een staffel wordt vastgesteld voor de opbouw van ouderdomspensioen (en eventueel partnerpensioen) voor verschillende leeftijdscohorten. De staffel wordt mede vastgesteld aan de hand van de gemiddelde risico's van de deelnemers in een specifiek leeftijdscohort en is derhalve niet persoonsgebonden.

4.2.1.2 Premie en prestatie

Het tweede criterium, waarbij de waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van een deelnemer, betreft de categorieën 'premie en prestatie' en 'risico en uitkering'. Aan dit tweede criterium zal doorgaans kunnen worden voldaan bij verplicht gestelde pensioenregelingen. Er wordt immers niet op het niveau van de deelnemer vastgesteld welke individuele risico's aan de orde zijn en welke premie of prestatie daarbij passend is. Risico's worden gespreid over alle deelnemers aan een pensioenregeling, door het hanteren van een doorsneepremie en het gegeven dat de hoogte van de uitkering niet aan de premie is gekoppeld.

De evenredigheid tussen premie en prestatie is ook afwezig indien het werknemersdeel van de doorsneepremie een vast percentage van de individuele pensioengrondslag bedraagt. De hoogte van het werknemersdeel van de premie is in dat geval weliswaar direct gekoppeld aan het loon en de hoogte van het opgebouwde pensioen, maar het werknemersdeel van de doorsneepremie vormt onderdeel van de totale doorsneepremie. Nivellering van risico's en het verlenen van kruissubsidies vindt voornamelijk op het niveau van de werkgevers plaats. De waarde van de premie en pensioenuitkering zal daardoor niet noodzakelijkerwijs evenredig zijn aan het loon van een individuele deelnemer.

Het verband tussen (doorsnee)premie en prestatie wordt (nog) zwakker naar mate op grond van het pensioenreglement ex post één of meerdere pensioenaanspraken of -rechten kunnen ontstaan voor een (gewezen) deelnemer, gepensioneerd of diens partner en kinderen, waarvoor geen additionele premie wordt voldaan. Voorbeelden van prestaties, waarvan de waarde niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan de hoogte van de pensioenpremie zijn:

1. de hoogte van het ouderdomspensioen;
2. de hoogte van het nabestaandenpensioen;
3. de toekenning van het nabestaandenpensioen (of ander pensioen) op grond van de hardheidsclausule in het pensioenreglement;
4. premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid;
5. toekenning van een voorwaardelijke toeslag;
6. aansluiting van een deelnemer met terugwerkende kracht, indien een bepaalde minimum anciënniteit wordt behaald.
7. overname door het UWV van de plicht tot premiebetaling van de werkgever bij (onder andere) faillissement van de werkgever.

¹⁸⁶ Indien het werknemersdeel van de doorsneepremie voor alle werknemers dezelfde hoogte heeft, is evident dat de premie niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van de werknemer. Dat geldt ook bij de premie voor beroepsgenoten.

4.2.1.3 Risico en uitkering

Ingeval een doorsneepremie wordt gehanteerd en de premie (derhalve) niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico, zal de uitkering doorgaans ook niet stelselmatig evenredig zijn aan de verzekerde risico's. De verwerving van pensioenaanspraken zal moeten voldoen aan de eis van tijdsevenredigheid in zoverre sprake is van een uitkeringsovereenkomst of kapitaalovereenkomst (artt. 17 PW en 33 WVB). Bij premieovereenkomsten dient sprake te zijn van het tijdsevenredig doorbereken van de kosten (artt 17a PW en 33a WVB). Voorbeelden die het verband tussen risico en uitkering zwakker maken zijn:

1. doorsneepremie en doorsnee-opbouw;
2. geen medische keuring op grond van artikel 4 lid 3 WMK¹⁸⁷ of andere toetredingsdrempels voor de werknemer, anders dan de wettelijk toegestane drempels voor het hanteren van een minimumleeftijd of minimumanciënniteit in de PW; en
3. geen toetredingsdrempels voor de werkgever die onder een Verplichtstelling valt, bijvoorbeeld omdat deze een deelnemersbestand met relatief veel slechte risico's heeft.

4.3 Verschijningsvormen van solidariteit in collectieve pensioenregelingen

Solidariteit binnen de pensioenregeling zorgt voor een herverdeling van de marktwaarde van de pensioentoezegging. Solidariteit heeft verschillende verschijningsvormen en het begrip wordt in verschillende contexten gebruikt. In de rechtspraak en vakliteratuur is niet altijd duidelijk aan welke verschijningsvorm(en) van solidariteit moet worden gedacht wanneer wordt gerefereerd aan solidariteit in collectieve pensioenregelingen. Daar wordt in deze paragraaf meer helderheid over verschaft. Onderstaand worden de verschillende typen solidariteit gedefinieerd, alvorens deze worden uitgewerkt in paragraaf 4.3.3.

De solidariteit bij verplicht gestelde pensioenregelingen kan worden onderverdeeld in twee hoofdcategorieën: de intergenerationele risicospreiding en de risicosolidariteit. De Laat, van de Ven en Canoy omschrijven deze hoofdcategorieën als volgt.¹⁸⁸

1. *Intergenerationele risicospreiding*: intergenerationele risicospreiding heeft betrekking op wereldwijde schommelingen van beleggingsrendementen (het 'macro-rendementsrisico'). De herverdeling van de marktwaarde vindt ex-post en ex-ante plaats.
2. *Risicosolidariteit*: verschillen in risico's tussen verzekerden komen niet tot uitdrukking in de premiebijdrage. Degenen met de gunstige risicoprofielen dragen bij aan de premie van degenen met de ongunstige risicoprofielen. De herverdeling van de marktwaarde vindt ex-ante plaats.

Ex-post-solidariteit en ex-ante-solidariteit kunnen als volgt worden gedefinieerd:

1. *Ex-post-solidariteit*: overdrachten vinden plaats van degenen voor wie zich geen risico heeft verwezenlijkt aan degenen voor wie zich het risico wel heeft verwezenlijkt. Binnen alle typen verzekeringen is sprake van ex-post-inkomensoverdrachten. Deze solidariteit wordt ook wel 'kanssolidariteit' genoemd.
2. *Ex-ante-solidariteit*: bij sociale verzekeringen is met name sprake van ex-ante-solidariteit. Ongeacht het risicoprofiel van het deelnemersbestand wordt door alle aangesloten werkgevers (of beroepsgenoten) dezelfde doorsneepremie voldaan. Ook de hoogte van het werknemersdeel van de doorsneepremie is onafhankelijk van het individuele risicoprofiel. Voorafgaand aan het intreden van het risico voldoen degenen

¹⁸⁷ Stb. 1997, 636. Wet van 5 juli 1997, houdende regels tot versterking van de rechtspositie van hen die een medische keuring ondergaan (Wet op de medische keuringen) ("WMK").

¹⁸⁸ De Laat, Van de Ven en Canoy 2000, p. 13.

met een gunstig risicoprofiel derhalve meer premie dan bij hun risicoprofiel behoort, terwijl degenen met een ongunstig risicoprofiel juist minder premie voldoen dan passend is bij het risicoprofiel. De consequentie is dat de groep met een gunstig risicoprofiel op voorhand subsidie verstrekt aan de groep met een ongunstig risicoprofiel. Dit wordt ook wel ‘*subsidiërende solidariteit*’ genoemd.

Bij solidariteit is sprake van risicodeling, risicoverevening, of mengvormen van deze twee:

1. *Risicodeling*: achteraf komt pas vast te staan wie subsidie ontvangt, vanwege het intreden van een risico, en wie subsidie verstrekt.
2. *Risicoverevening*: vooraf worden gelijke kosten berekend voor ongelijke risico's. Het is duidelijk dat bepaalde kosten zullen moeten worden gemaakt, maar niet precies aan wie. Binnen aanvullende pensioenregeling staat niet steeds vast aan wie inkomensoverdrachten zullen toekomen. Het draagvlak voor solidariteit zou anders ook onder druk komen te staan.

4.3.1 Intergenerationele risicospreiding

De intergenerationele risicospreiding heeft betrekking op wereldwijde schommelingen van beleggingsrendementen (het ‘macro-rendementsrisico’). Er is sprake van ex-post-solidariteit en ex-ante-solidariteit. Ex-ante-solidariteit is bijvoorbeeld aan de orde tijdens of vlak na een negatieve rendementsschok. Actieve deelnemers dragen in die situatie met hun bijdragen bij aan het aanvullen van de pensioentekorten van gepensioneerden.

In zijn algemeenheid wordt door economen aanvaard dat intergenerationele solidariteit efficiënt kan zijn vanuit een ex ante perspectief.¹⁸⁹ Voorts wordt erkend dat het niet goed mogelijk is om intergenerationele solidariteit in pensioenregelingen in te voeren tussen generaties die geen overlap met elkaar hebben, ingeval dit niet wordt afgedwongen door de regering middels een Verplichtstelling. Ex-ante-solidariteit kan immers ten gevolge hebben dat specifieke generaties er ex-post op achteruit gaan. Met name jongere generaties zullen vermoedelijk niet bereid zijn vrijwillig deel te nemen aan een systeem van risicospreiding en intergenerationele risicosolidariteit, indien op voorhand duidelijk is dat dit voor hen – in ieder geval op de korte termijn – nadelig uitwerkt. Hollanders vergelijkt deze situatie met het ‘brandend huis’: jongere deelnemers willen logischerwijs niet opdraaien voor het verzekeren van negatieve koersschommelingen die al hebben plaatsgevonden.¹⁹⁰ Zonder Verplichtstelling kan de markt deze (toekomstige) generaties niet dwingen deel te nemen in het systeem en is het systeem, zoals dat nu bestaat, ex ante incompleet en inefficiënt.

4.3.1.1 DC-regelingen

Bij DC-regelingen is geen sprake van intergenerationele risicospreiding zoals bij DB-regelingen. Dit betekende bijvoorbeeld in 2000 dat de deelnemers aan een regeling zonder intergenerationele risicospreiding 25% meer premie moesten inleggen om dit risico af te dekken. Ook is, anders dan bij de DB-regelingen geen sprake van een doorsnee-opbouw bij DC-regelingen. In de paragraaf 3.3 is besproken aan welke mate van solidariteit pensioenregelingen dienen te voldoen om verenigbaarheid te zijn met het EU-mededingingsrecht.

¹⁸⁹ Zie Hollanders 2012, onder verwijzing naar Gordon and Varian 1988, p. 5 en 12.

¹⁹⁰ Zie Hollanders 2012, onder verwijzing naar Gordon and Varian 1988, p. 5 en 12.

4.3.2 Risicosolidariteit

Bij risicosolidariteit vindt de herverdeling van de marktwaarde ex-ante plaats. Individuele kenmerken van deelnemers aan een verplicht gestelde pensioenregeling, waaronder leeftijd ('levensduurrisico'), geslacht, gezondheid en burgerlijke staat, komen niet tot uiting in de hoogte van de doorsneepremie.¹⁹¹ De doorsneepremie is de totale pensioenpremie die een werkgever afdraagt aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, of de premie die een beroepsgenoot afdraagt aan de uitvoerder van een verplicht gestelde beroepspensioenregeling.¹⁹² De eventuele werknemersbijdrage maakt onderdeel uit van de totale doorsneepremie (zie nader over de doorsneepremie §4.5.2).

Ingeval bepaalde risico's zich verwezenlijken op het niveau van het individu, wordt de hoogte van de doorsneepremie of het werknemersdeel van de doorsneepremie niet voor hem of haar herberekend. Er is daardoor sprake van risicosolidariteit tussen groepen werkgevers en (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. Indien sprake is van risicosolidariteit binnen een leeftijdsgroep van (gewezen) deelnemers of gepensioneerden, is voorts sprake van intragenerationele solidariteit.

4.3.3 Solidariteit tussen verschillende groepen

Solidariteit binnen een pensioenregeling resulteert in een herverdeling van de marktwaarde van de pensioentoezegging. De herverdeling kan plaats vinden op het niveau van de werkgever en op het niveau van de deelnemer. De herverdeling is doorgaans in het voordeel van de 'zwakkere' partij in de markt, die verzekeringstechnisch meer dan gemiddeld 'slechte' risico's heeft. Solidariteit tussen verschillende pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij één verplicht gestelde pensioenuitvoerder en tussen groepen werkgevers en groepen (gewezen) deelnemers en gepensioneerden, uit zich op de volgende wijze.

1. *Doorsneepremie*: de doorsneepremie wordt kostendekkend berekend (artt. 128 PW en 123 WVB). De hoogte van de doorsneepremie wordt voor de verschillende aangesloten werkgevers (of beroepsgenoten) vastgesteld ongeacht het risicoprofiel van het deelnemersbestand van een werkgever. In het (eventuele) werknemersdeel van de premie komen eveneens geen individuele risico's tot uiting. Er is sprake van '*financiële solidariteit*'.
2. *Doorsnee-opbouw*: de waarde die aan de doorsneepremie wordt toegekend ten behoeve van de pensioenopbouw van een individuele werknemer is ongeacht de leeftijd of het risicoprofiel van de deelnemers gelijk. Er is sprake van '*financiële solidariteit*'.
3. *Verbod op ringfencing*: een verplicht gesteld pensioenfonds kan meerdere (basis- en vrijwillige) pensioenregelingen uitvoeren. Deze pensioenregelingen dienen één financieel geheel te vormen (het 'verbod op ringfencing'; artt. 123 PW en 119 WVB).¹⁹³ Dit betekent dat de vermogens behorende bij de verschillende pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij een fonds niet van elkaar mogen worden afgescheiden. Hierdoor wordt (financiële) solidariteit gecreëerd binnen het domein van de bedrijfstak of beroepsgroep. Eventuele tekorten binnen de ene pensioenregeling kunnen door het verbod op ringfencing worden verevend door de eventuele overschotten in de andere pensioenregeling. Hierdoor ontstaat solidariteit tussen alle

¹⁹¹ Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3, p. 3 en 4.

¹⁹² Een verplicht gestelde beroepspensioenregeling die kwalificeert als een DC-regeling vereist op grond van de WVB geen doorsneepremie.

¹⁹³ Uitzonderingen op het verbod van ringfencing zijn toegestaan voor het Multi-opf en naar verwachting ook voor de API. Bij het Multi-opf is ringfencing mogelijk indien sprake is van pensioenregelingen die voor verschillende ondernemingen worden uitgevoerd. Op het niveau van de onderneming mogen vermogens van verschillende pensioenregelingen echter niet van elkaar worden afgescheiden. De achterliggende gedachte is dat het Multi-opf en de API op deze wijze geen achterstand hebben op IORP's die zijn opgericht naar buitenlands recht.

belanghebbenden die deelnemen in de verschillende pensioenregelingen.¹⁹⁴ Het verbod op ringfencing geldt niet voor verzekeraars.

4. *Korten*: een goederenrechtelijk gevolg van het verbod op ringfencing is dat, ingeval de activa van (alle pensioenregelingen van) een fonds ontoereikend zijn om te voldoen aan de verplichtingen, er onder omstandigheden gekort zal moeten worden op de (nominale) pensioenaanspraken en pensioenrechten.¹⁹⁵ Voorwaarde is in dat geval dat overige mogelijkheden tot kruissubsidiëring zijn uitgeput (het ‘ultimum remedium’). Het korten van pensioenen vormt een uitzondering op het uitgangspunt in de Pensioenwet en WVB dat opgebouwd pensioen niet mag worden aangetast (artt. 20 PW en 34 WVB). Ingeval pensioenen worden gekort, is sprake van kruissubsidie tussen de verschillende pensioenregelingen die door een verplicht gestelde uitvoerder worden beheerd. Bij het korten van pensioenen dient sprake te zijn van evenwichtige belangenbehartiging door het bestuur. Deze belangenbehartiging kan uitmonden in een procentueel onevenredige verdeling van de kortingen over deelnemers enerzijds en gewezen deelnemers en gepensioneerden anderzijds. Bij een dergelijke onevenredige verdeling is eveneens sprake van kruissubsidie; deze treedt ex-post op.
5. *Toeslag*: Ingeval sprake is van meerdere pensioenregelingen die worden beheerd door een pensioenuitvoerder, mag de inhoud van een toeslagbepaling verschillen per pensioenregeling. Binnen een pensioenregeling kan de inhoud van een toeslagbepaling afwijken voor enerzijds de groep met deelnemers en anderzijds de groep met gewezen deelnemers en gepensioneerden. Kruissubsidies kunnen derhalve op het niveau van de verschillende pensioenregelingen plaatsvinden, maar ook op het niveau van de deelnemers en de gewezen deelnemers en gepensioneerden. Toegekende indexatie mag in beginsel niet meer worden aangetast, behoudens de situatie waarin een interne waardeoverdracht wordt geëffectueerd of wordt gekort op de pensioenen (artt. 20 PW en 34 WVB).¹⁹⁶

4.3.3.1 Solidariteit tussen werkgevers

Werkgevers die een afwijkend deelnemersbestand hebben ten opzichte van de bedrijfstak betalen middels het werkgeversdeel van de doorsneepremie te veel of te weinig premie indien naar de feitelijke actuariële waarde van de totale premie wordt gekeken (zie ook §4.5.2). Dat argument gaat ook op voor beroepsgenoten die verplicht deelnemen in een beroepspensioenregeling. Indien het werknemersdeel van de doorsneepremie een vast percentage bedraagt van de pensioengrondslag, is deze werknemerspremie in hoge mate geïndividualiseerd. De kruissubsidies middels de doorsneepremie zullen dan met name tussen de verschillende aangesloten werkgevers plaatsvinden (zie nader §4.5.2).

Er hoeft niet altijd sprake te zijn van een hoge mate van kruissubsidiëring tussen aangesloten werkgevers onderling. De subsidie neemt toe ingeval sprake is van een deelnemersbestand dat qua leeftijd en risico's afwijkt van het gemiddelde. Bij een pensioenfonds waarin alleen jonge, gezonde werknemers deelnemen, of juist alleen oude ongezonde werknemers, zal derhalve in geringe mate sprake zijn van een herverdeling van de marktwaarde tussen de verschillende werkgevers. De opbouw van het deelnemersbestand zal in dergelijke gevallen wel duidelijk zichtbaar zijn in de hoogte van de totale doorsneepremie. In dat verband moet worden bedacht dat voor de vergrijsde bedrijfstakken de doorsneepremie relatief hoog zal zijn en grote invloed zal hebben op de hoogte van de premie van jongeren en dat bij een bedrijfstak waarin

¹⁹⁴ Per pensioenregeling bestaat wel de mogelijkheid een aparte doorsneepremie vast te stellen. Zie *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 24, p. 71.

¹⁹⁵ Zie ook Maatman & Steneker 2009, p. 22 en 23.

¹⁹⁶ Zie ook Heemskerk, Kuiper & Van der Poel 2012 over de beperkte mogelijkheden om toeslagbepalingen te wijzigen ten opzichte van gewezen deelnemers en gepensioneerden.

hoofdzakelijk jongeren deelnemen het langlevensrisico¹⁹⁷ juist weer groter is, waardoor een fonds over het algemeen extra eigen vermogen moet aanhouden waar geen premie tegenover staat. Het is inherent aan de Verplichtstelling dat jongere generaties over het algemeen vaker solidair zijn met oudere generaties dan andersom, indien de beurs negatieve schokken vertoont ('intergenerationele risicosolidariteit'). In de paragrafen 4.3.3.2 t/m **Error! Reference source not found.** wordt nader ingegaan op kruissubsidies tussen verschillende groepen deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden in een pensioenregeling.

4.3.3.2 Solidariteit tussen werknemers

Of de werknemer middels het werknemersdeel van de premie meer of minder betaalt dan passend is voor het risicoprofiel en/of de leeftijd van de werknemer, zal in de eerste plaats afhangen van de wijze waarop de werknemerspremie wordt berekend. Ingeval sprake is van een vast percentage van de pensioengrondslag, stijgt de premie mee met het individuele loon. Er is dan in mindere mate sprake van kruissubsidies van werknemers in de lage inkomensklassen aan werknemers in de hogere inkomensklassen en van jonge werknemers aan oude werknemers. Een tweede factor die van invloed is op de kruissubsidies tussen werknemers is het individuele risicoprofiel van een werknemer. Ingeval een werknemer een relatief gunstig risicoprofiel heeft, zal deze kruissubsidies verstrekken aan de werknemer met een relatief ongunstig risicoprofiel via het (eventuele) werknemersdeel van de doorsneepremie en de doorsnee-opbouw. Ook het percentage mannen en vrouwen in een bedrijfstak of beroepsgroep kan van grote invloed zijn op de kruissubsidies tussen deelnemers onderling. Nederlandse vrouwen leven gemiddeld 3,7 jaar langer dan Nederlandse mannen: in 2011 was de levensverwachting bij de geboorte voor vrouwen gemiddeld 82,9 jaar en voor mannen 79,2 jaar.¹⁹⁸ Voor vrouwen is derhalve gemiddeld meer premie nodig om de pensioenuitkeringen te kunnen bekostigen, dan voor mannen. Het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen is de afgelopen jaren afgenomen. Een risico

Een volgende factor die van belang is voor de mate van kruissubsidies tussen werknemers is de vraag hoeveel solidaire elementen in een pensioenregeling zijn opgenomen, waarvoor geen additionele premie hoeft te worden voldaan indien het recht ontstaat en hoe vaak aanspraak kan worden gemaakt op dergelijke elementen. Ter toelichting: ingeval sprake is van een partnerpensioen op risicobasis, bouwt een individuele werknemer geen pensioen op voor zijn partner. Op het moment dat de werknemer komt te overlijden en het recht op het partnerpensioen ontstaat, wordt het partnerpensioen bekostigd uit de algemene middelen van het fonds. Een ander voorbeeld is een verschil in toeslagbepalingen tussen deelnemers enerzijds en gewezen deelnemers en gepensioneerden anderzijds. Ingeval de ene groep wel en de andere groep niet, of in mindere mate toeslag krijgt toegekend en deze toeslag uit de algemene middelen wordt voldaan, is sprake van kruissubsidie tussen de verschillende groepen.

¹⁹⁷ Het langlevensrisico is het risico dat met het beschikbare vermogen het pensioen daadwerkelijk uitgekeerd zal moeten worden vanaf de pensioendatum. Ingeval een deelnemer overlijdt voor de pensioendatum dan valt het opgebouwde vermogen toe aan het collectief en is sprake van sterftewinst.

¹⁹⁸ CBS 2012 (3).

4.3.3.3 Solidariteit tussen verschillende generaties

Inkomensoverdrachten kunnen tussen en binnen verschillende leeftijdsgroepen van (gewezen) deelnemers en gepensioneerden worden verstrekt. Er kan in dit verband onderscheid worden gemaakt de volgende twee typen solidariteit.

1. *Intergenerationele solidariteit*: er is sprake van inkomensoverdrachten tussen verschillende generaties. De actuariële waarde van de premie van een jongere deelnemer is meer waard dan die van een oudere deelnemer, aangezien deze langer kan renderen. Door het gebruik van de doorsneepremie en doorsnee-opbouw, komt dat verschil in waarde niet tot uiting in de hoogte van de premie of opbouw. Jongere deelnemers voldoen middels het werknemersdeel van de premie subsidie aan oudere deelnemers.
2. *Intragenerationele solidariteit*: binnen de verschillende leeftijdsgroepen (gewezen) deelnemers en gepensioneerden kunnen inkomensoverdrachten plaats vinden. Gedacht kan worden aan inkomensoverdrachten van (i) arbeidsgeschikten aan arbeidsongeschikten; (ii) mannen aan (de gemiddeld langer levende) vrouwen; (iii) lager opgeleiden aan hoger opgeleiden; (iv) armen aan rijken.

4.3.3.4 Solidariteit tussen mannen en vrouwen

Het percentage mannen en vrouwen in een bedrijfstak of beroepsgroep kan van grote invloed zijn op de kruissubsidies tussen deelnemers onderling. Eerder is aan de orde geweest dat voor de financiering van pensioenen van vrouwen gemiddeld meer premie nodig is dan voor mannen, omdat vrouwen gemiddeld langer leven. In 2011 bedroeg het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen gemiddeld 3,7 jaar, in het voordeel van de vrouwen. Het is echter verboden onderscheid te maken tussen de hoogte van pensioenuitkeringen op grond van het geslacht (art. 12a sub f WGB m/v). Het werknemersdeel van de premie dient bij uitkeringsovereenkomsten seksenneutraal te zijn. Bij premieovereenkomsten dient sprake te zijn van gelijke uitkeringen voor mannen of vrouwen, of een premiebijdrage die zo wordt vastgesteld dat sprake zal zijn van een gelijke uitkering. Bij de doorsneepremie mag in het werkgeversdeel van de premie wel actuariële onderscheid naar geslacht worden gemaakt (zie ook §4.5.3.4.2). Des te groter het percentage vrouwen ten opzichte van het percentage mannen in een regeling, des te hoger de subsidie van de mannen aan de vrouwen zal zijn. De mannen dragen dan immers met hun premie bij aan het pensioen van de vrouwen. Een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds waarin relatief gezien een groot percentage vrouwen werkt ten opzichte van het percentage mannen is het Pensioenfonds voor Zorg en Welzijn ('PfZW').

De solidariteit tussen mannen en vrouwen is (met name) in het verleden wel beperkt in pensioenregelingen door het nabestaandenpensioen van vrouwen te korten indien zij wezenlijk jongeren waren dan de overleden echtgenoot. De lijn in de jurisprudentie lijkt te neigen richting ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Zie in dezelfde lijn Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, RAR 2006/16.

4.3.3.5 Solidariteit tussen arbeidsgeschikten en arbeidsongeschikten

Een medische keuring van werknemers of beroepsgenoten die dienen te worden aangesloten bij een bedrijfstakpensioenfonds of de uitvoerder van een beroepspensioenregeling, mogen niet onderworpen worden aan een medische keuring, voorafgaand aan de toetreding (art. 4 lid 3 WMK). Er is derhalve sprake van ex-ante risicosolidariteit. Werknemers bepalen geen premie naar rato van het eigen risicoprofiel. Voorts kunnen sociale partners of beroepspensioenverenigingen overeenkomen dat een recht ontstaat op premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid. Indien het risico op arbeidsongeschiktheid zich verwezenlijkt voldoet de werknemer of beroepsgenoot geen additionele premie. De premievrije opbouw wordt bekostigd vanuit het collectief.

4.3.3.6 Solidariteit tussen laagopgeleiden en hoogopgeleiden

Intergenerationele solidariteit tussen jonge en oude deelnemers in een pensioenregeling hangt doorgaans samen met solidariteit van lager opgeleide werknemers (en arme werknemers) met hoger opgeleide werknemers (en rijke werknemers). Lager opgeleide werknemers beginnen over het algemeen op jongere leeftijd met werken dan hoger opgeleide werknemers en komen gemiddeld eerder te overlijden dan hoog opgeleide werknemers. Hoog opgeleide werknemers werken op hun beurt gemiddeld langer door dan de laag opgeleide werknemers.

De premies van de lager opgeleide werknemers kunnen gemiddeld langer renderen dan die van hoger opgeleiden en zijn derhalve meer waard. De kosten die nodig zijn voor de opbouw van de pensioenen van oude werknemers nemen progressief toe. Met name de pensioenen van hoger opgeleiden werknemers, die langer doorwerken, zullen kostbaar zijn. In deze zin subsidiëren lager opgeleiden in een pensioenregeling de pensioenen voor hoger opgeleiden.²⁰⁰ Een degressieve opbouw zou aan dit nadeel tegemoet kunnen komen (zie §4.7.6).

4.3.3.7 De mate van solidariteit binnen een pensioenregeling

De mate van solidariteit binnen de aanvullende pensioenregelingen hangt zoals bovenstaand uiteen is gezet in hoofdzaak af van een aantal elementen. De genoemde voorbeelden illustreren dat het van belang is om bij collectief verplichte regelingen in kaart brengen welke groepen solidair zijn met elkaar, teneinde een zuivere discussie over de wenselijke uitwerking van solidariteit te kunnen voeren. Bij deze discussie dient het (gewenste) doel van de solidariteit binnen pensioenregelingen voorop te staan. De vraag of de uitwerking van de solidariteit binnen pensioenregelingen op alle fronten wenselijk is, blijft een normatieve vraag.

4.4 Geen maximale solidariteit, marktmacht & marktfalen

Maximale solidariteit kan in een systeem van verplichte gestelde pensioenen alleen tot stand komen indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan²⁰¹:

1. Een ieder verplicht is deel te nemen in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenfonds;
2. De pensioenregelingen solidariteit tussen de deelnemers bewerkstelligen, waardoor de 'goede' risico's meebetalen aan de premies van de 'slechte' risico's;
3. 'Goede' risico's zich niet kunnen onttrekken aan de verplichte deelname;
4. 'Slechte' risico's zich niet kunnen onttrekken aan de verplichte deelname;
5. Alle pensioenregelingen dezelfde gespreide deelnemerssamenstelling hebben.
6. Aan deze opsomming voeg ik toe: dat sprake is van de wettelijke eis van één financieel geheel (art. 123 PW). Deze eis zorgt er immers voor dat vermogens van verschillende

²⁰⁰ Zie ook Boon & Bovenberg 2010.

²⁰¹ De Laat, Van de Ven en Canoy 2000, p. 14.

pensioenregelingen, die door één fonds worden uitgevoerd, niet van elkaar kunnen worden afgescheiden ('verbod op ringfencing'). Hierdoor kan kruissubsidiëring optreden tussen de verschillende regelingen binnen het domein van de bedrijfstak (of beroepsgroep). Eventuele tekorten binnen de ene regeling worden daardoor aangevuld met eventuele overschotten binnen de andere regeling ('financiële solidariteit'²⁰²).

De verplicht gestelde pensioenfondsen in Nederland bereiken geen maximale solidariteit. Belangrijke oorzaken die in dit verband kunnen worden genoemd zijn de volgende:

- Niet alle pensioenregelingen zijn DB-regelingen, waarbij naast de doorsneepremie sprake is van een doorsnee-opbouw en macro-economische risicospreiding;
- Groepen van werknemers en zelfstandigen kunnen bij de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, ongeacht het type regeling, worden uitgesloten van deelname;
- Leeftijdsdrempels zijn voorafgaand aan de deelname geoorloofd tot 21 jaar;
- De verschillende bedrijfstakken en beroepen hebben niet allemaal dezelfde deelnemersopbouw en risico's; de mate van solidariteit binnen de pensioenregelingen kan daardoor verschillen.
- Goede en slechte risico's kunnen zich onttrekken aan de Verplichtstelling, indien de werkgever in kwestie een verzoek tot deelnamevrijstelling doet aan het fonds in kwestie en voldoet aan de voorwaarden die in de Wet Bpf 2000 en het bijbehorende Vrijstellingsbesluit zijn opgenomen.

De Laat, Van de Ven en Canoy wijzen erop dat, nu er geen sprake is van maximale solidariteit binnen het systeem van de verplicht gestelde pensioenfondsen in Nederland, er steeds (impliciet) zal moeten worden gekozen tussen de welvaartsbaten van solidariteit en de verstoringen ervan.²⁰³

Een eerste afweging die moet worden gemaakt bij een verzoek tot Verplichtstelling is of marktmacht moet worden verleend aan de pensioenuitvoerder in kwestie, ter bewerkstelling van de solidariteit. Indien marktmacht wordt verleend aan een pensioenuitvoerder zullen de prikkels van de uitvoerder om een efficiënte bedrijfsvoering te hebben immers afnemen. Een andere keuze die moet worden gemaakt, is die tussen schaalvoordelen enerzijds en diversiteit anderzijds.²⁰⁴ Binnen een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds of verplicht gestelde beroepspensioenregeling is sprake van een (grote) mate van uniformiteit. Hierdoor worden de keuzes van de deelnemers beperkt, hetgeen in beginsel leidt tot welvaartsverliezen, omdat de aangeboden pensioenregeling niet steeds goed zal aansluiten bij hun voorkeuren. Anderzijds moet worden bedacht dat keuzevrijheid alleen tot een hogere doelmatigheid leidt als deelnemers in staat zijn of worden gesteld om de juiste keuzes te maken; hiervoor is een grote mate van transparantie nodig. Ik ben net als De Laat, Van de Ven en Canoy de mening toegedaan dat deze transparantie in Nederland nog onvoldoende aanwezig lijkt te zijn om over het geheel gezien tot doelmatigheid te kunnen leiden.

Daar staat tegenover dat er verschillende (financiële) schaalvoordelen kunnen worden behaald door de Verplichtstelling. Te denken valt aan lagere transactiekosten en een efficiëntere spreiding van risico's. Door het hanteren van een doorsneepremie vallen voorts degenen met 'slechte' risico's niet buiten de boot en ook zijn de transactiekosten lager omdat geen acquisitiekosten worden gemaakt.²⁰⁵

²⁰² Zie Maatman en Steneker 2009, p. 26.

²⁰³ De Laat, Van de Ven en Canoy 2000, p. 14.

²⁰⁴ De Laat, Van de Ven en Canoy 2000, p. 14.

²⁰⁵ De Laat, Van de Ven en Canoy 2000, p. 15.

Beoogd wordt om met de Verplichtstelling de witte vlek te verkleinen en orde en rust in de specifieke bedrijfstak of beroepsgroep te creëren, met het oog op de arbeidsvoorwaarde pensioen. Bovendien komen ingevolge de Wereldbank lage verborgen kosten, transparantie en het creëren van een toekomstbestendig pensioenstelsel de economische groei van een land ten goede.²⁰⁶

4.4.1 Het voorkomen van marktfalen

Een rechtvaardiging die vanuit economisch perspectief kan wordt aangedragen voor de Verplichtstelling is, dat de doelmatigheid en rechtvaardigheid gebaat kunnen zijn bij collectieve onderhandelingen.²⁰⁷ De Laat, Van de Ven & Canoy stellen, dat zonder Verplichtstelling marktfalen kan optreden in de vrije pensioenmarkt. Onder marktfalen verstaan zij dat: 'de hypothetische vrije markt niet in staat is om een (bij benadering) optimale uitkomst te genereren in termen van maatschappelijke welvaart'.²⁰⁸ Het marktfalen dat kan optreden zonder Verplichtstelling, zal er naar verwachting uit bestaan dat pensioenen voor de verzekerden een (te) complex karakter hebben om er een goed begrip van te hebben, de periode waarover de beleggingen renderen lang is en het ontbreken van intergenerationele solidariteit en risicosolidariteit leidt tot het falen van de risicospreiding en onaanvaardbaar hoge verzekeringskosten voor degenen met 'slechte' risico's. In 2000 beantwoordden De Laat, Van de Ven en Canoy de vraag of het overheidsingrijpen, door de introductie van de Verplichtstelling, leidt tot een betere uitkomst, dan zonder Verplichtstelling, vanuit een marktperspectief positief.

- Deel 2 -

4.5 Solidaire alternatieven binnen de doorsneesystematiek?

De Verplichtstelling is gebaseerd op solidariteit en collectiviteit. Eén van de solidariteitselementen van de Verplichtstelling is de doorsneepremie. Alternatieven binnen de Verplichtstelling zien met name op de vervanging van de doorsneepremie door een ander type premie, of op de vervanging van de doorsnee-opbouw door een ander type opbouw. De wenselijkheid van deze alternatieven wordt in paragrafen 6.2 t/m 6.5 besproken. Allereerst zal worden ingegaan op trends die hebben geleid tot een evaluatie van de doorsneesystematiek (§4.6).

4.5.1 Trends: de toegenomen mobiliteit, vergrijzing en arbeidsparticipatie

De doorsneesystematiek wordt bekritiseerd, voornamelijk vanwege de negatieve effecten op het pensioen van jongeren die kunnen optreden door de toegenomen mobiliteit van jongere werknemers op de arbeidsmarkt.²⁰⁹ De afgelopen jaren is sprake van een (sterk) toegenomen mobilisering op de arbeidsmarkt. Jongere generaties blijken vaker van baan te wisselen en in het buitenland te gaan werken, of beginnen op middelbare leeftijd voor zichzelf. Indien deze jongeren eerst deelnamen in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, of beroepspensioenfonds en na de wisseling van baan niet meer onder de reikwijdte vallen van een pensioenregeling met doorsneesystematiek, heeft dat voor hen negatieve effecten. Zij hebben eerst op jonge leeftijd meer premie bijgedragen dan actuarieel werd toegekend aan hun pensioenopbouw en ontvangen dit voordeel later niet meer zelf. De reden dat de actuariële waarde van de premie van jongeren meer waard is dan die van oudere werknemers, is zoals

²⁰⁶ De Laat, Van de Ven en Canoy 2000, p. 27.

²⁰⁷ Zie bijvoorbeeld Dau-Schmidt & Traynor 2009.

²⁰⁸ De Laat, Van de Ven en Canoy 2000, p. 61.

²⁰⁹ Zie Van der Grift 2009; CPB rapport 2009; Cordewener, Lewin & Van Zelfst 2007; Lutjens 2007 (1); Van der Lecq & Steenbeek 2006; en Bastan 2004.

gezegd dat het pensioen van jongeren langer kan renderen. Aan de jongeren werknemers komt niet de actuariële waarde van de premie toe, omdat een deel van deze premie wordt gebruikt voor de pensioenopbouw van oudere generaties, waarvan het pensioen minder lang kan renderen (de 'kruissubsidie'). Kruissubsidie bevordert de solidariteit binnen de pensioenregeling. Vanuit mededingingsrechtelijke optiek vormt deze kruissubsidie een van de rechtvaardigingen voor de beperking van de vrije markt die optreedt ten gevolge van de Verplichtstelling.

Jongere generaties die niet hun hele werkzame leven in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds of verplicht gestelde beroepspensioenregeling deelnemen met doorsneesystematiek, ontvangen zelf op latere leeftijd mogelijk geen kruissubsidie meer.²¹⁰ Dat voelt onrechtvaardig voor jongeren. Het vertrouwen in het (verplicht gestelde deel van het) aanvullende pensioenstelsel kan daardoor afnemen. De doorsneesystematiek vormt voorts geen stimulans voor werknemers voor mobiliteit op de arbeidsmarkt. Ouderen hebben door het huidige systeem een gebrek aan prikkels om op latere leeftijd van baan te wijzigen, indien zij daardoor geen pensioen meer opbouwen binnen de doorsneesystematiek. Dit argument geldt op zich ook voor jongeren. Daar kan tegen worden ingebracht dat uit onderzoek is gebleken dat actieven – en met name de lager opgeleiden – weinig tot geen actie ondernemen ten aanzien van hun pensioenvoorzieningen, zelfs niet als aan hen wordt voorgehouden dat zij een armoedeval zullen meemaken op de pensioengerechtigde leeftijd.²¹¹ Jongeren zullen bovendien naar mijn verwachting niet snel een baanaanbod afslaan vanwege een verlies aan doorsneesystematiek binnen de pensioenregeling.

Daar staat tegenover dat het systeem solidariteit bevordert binnen een pensioenregeling. Wanneer aan de huidige jongeren het vertrouwen kan worden gegeven dat zij op latere leeftijd ook nog van de voordelen van het systeem kunnen genieten en inzicht kan worden geboden in de werking van het systeem, kan het vertrouwen in het aanvullende pensioenstelsel mogelijk worden verhoogd. Dat is hard nodig, want het CBS maakte op 3 december 2012 bekend dat 46% van de werknemers weinig vertrouwen heeft in de pensioenuitvoerder.²¹² Een op de tien werknemers heeft helemaal geen vertrouwen. Werknemers in de leeftijdscategorie 35 tot 45 jaar hebben minder vertrouwen in de pensioenuitvoerder dan andere leeftijdscategorieën en laagopgeleide werknemers maken zich meer zorgen dan hoogopgeleiden. De zorgen hebben met name betrekking op de vraag of het pensioen op de pensioengerechtigde leeftijd wel voldoende zal zijn. Een goed gecommuniceerde herziening van de invulling van de doorsneesystematiek kan meen ik bijdragen aan het vertrouwen.

Pensioenpremies worden steeds kostbaarder, met name bij DB-regelingen die zijn gekoppeld aan het salaris en de diensttijd. Belangrijke oorzaken hiervoor zijn de vergrijzing, de toegenomen arbeidsparticipatie onder ouderen en het lage geboortecijfer. In 2011 steeg het aantal gepensioneerden voor het eerst tot boven de drie miljoen. Bijna een op de vijf Nederlanders was derhalve in 2011 gepensioneerd.²¹³ De regering heeft een grote mate van invloed op de arbeidsparticipatie van ouderen. De arbeidsparticipatie is in de afgelopen jaren gestegen, met name doordat wettelijke fiscale maatregelen vervroegd uittreden hebben ontmoedigd. Sinds 2006 is het aandeel gepensioneerden in de leeftijd van 55 tot 65 jaar afgenomen en is de gemiddelde pensioenleeftijd gestegen van 61 jaar in 2006 naar 63 jaar in 2011.

²¹⁰ Zie ook CPB rapport 2009, p. 34.

²¹¹ Prast, Teppa & Smits 2012, p. 3-4 en Van Rooij, Kool & Prast, 2007, p. 701-722.

²¹² CBS Webmagazine 3 december 2012, 'Helpt werknemers heeft weinig vertrouwen in eigen pensioenfonds'.

²¹³ Nieuwsbericht CBS 2 juli 2012.

De effecten van (fiscale) maatregelen van de regering op het moment van pensioneren kunnen worden gemeten door de invloed van welvaart op pensionering te meten en de invloed op de kosten.²¹⁴ Kosten geven uiteindelijk de doorslag bij de beslissing op welk moment men met pensioen gaat. De persoonlijke omstandigheden van een individu spelen daarbij een rol. Ook educatie heeft grote invloed gehad op de toegenomen arbeidsparticipatie. Hoger opgeleiden hebben doorgaans fysiek minder belastende banen, die langer intellectueel blijven uitdagen en werken daardoor langer door.²¹⁵ Mannen werken voorts langer door, door de toegenomen arbeidsparticipatie van vrouwen: het blijkt volgens het CPB dat men in een huishouden meer geniet van langer doorwerken wanneer samen wordt doorgewerkt. Tenslotte zijn de gezondheid en vermoedelijk ook de sociale normen relevant voor de leeftijd waarop men (vervroegd) met pensioen gaat.²¹⁶ De regering heeft, om de kosten voor de premie binnen de perken te houden, in het regeerakkoord de opbouwpercentages verlaagd en in het nieuwe reële pensioencontract de opbouw aan de (stijgende) levensverwachting gekoppeld (zie hoofdstuk 5).

4.5.1.1 Desolidarisering

Fluit beschrijft dat tussen 1980 en 2000 – de onderzoeksperiode van zijn proefschrift – sprake is geweest van ‘desolidarisering’ bij de publieke sociale verzekeringen. Hij bespreekt deze ontwikkelingen met betrekking tot sociale verzekeringen zoals de WAO, WIA en WW. De politiek heeft vanaf 1980 maatregelen genomen om de verevening tussen hoge en lage risico’s terug te dringen bij de sociale verzekeringen.²¹⁷ Fluit stelt vast dat het verschil tussen sociale verzekeringen en particuliere verzekeringen gemiddeld genomen is afgenomen tijdens het onderzochte tijdvak. Deze trend heeft hij niet expliciet onderzocht voor de aanvullende pensioenen. Voorts moet worden bedacht dat aanvullende pensioenverzekeringen een andere aard hebben dan werknemersverzekeringen zoals de WAO en WW waarvoor iedere werknemer in aanmerking kan komen. Het staat ter discretie van sociale partners of beroepspensioenverenigingen om op decentraal niveau een pensioenregeling overeen te komen, waarvoor zij kunnen besluiten Verplichtstelling te verzoeken. Ik constateer wel dat bij de aanvullende pensioenen sprake is geweest van een bepaalde mate van desolidarisering. Gewezen kan worden op de omzetting van eindloonregelingen naar (geïndexeerde) middelloonregelingen en DC en CDC-regelingen. Een afname van solidariteit binnen een pensioenregeling betekent echter nog niet meteen dat onvoldoende solidariteit aanwezig is of zal zijn om de Verplichtstelling te kunnen blijven rechtvaardigen in het licht van het EU-mededingingsrecht. Gezien de rechtspraak van het HvJEU is een minder zwak verband vereist tussen risico premie en uitkering (het ‘solidariteitsbeginsel’) dan wel wordt gesuggereerd.

Een relevante constatering, gezien de aanhoudende discussies in de media over de vraag of een mindere mate van solidariteit binnen pensioenregelingen zou kunnen leiden tot een meer ‘rechtvaardige’ premie of pensioenopbouw voor verschillende leeftijdsgroepen en adequatere pensioeninkomens op de pensioendatum. Paragraaf 4.6 gaat nader in op de werking van de doorsneepremie en de doorsnee-opbouw (de ‘doorsneesystematiek’) en beschrijft of er voor de doorsneesystematiek solidaire alternatieven zijn, die naar verwachting voldoende solidair zijn om de toets aan het mededingingsrecht te kunnen doorstaan.

²¹⁴ Zie CPB rapport 2009, p. 62.

²¹⁵ CPB rapport 2009, p. 61. Bij mannen is de gestegen participatieratio voor 29% gerelateerd aan educatie.

²¹⁶ CPB rapport 2009, p. 62.

²¹⁷ Zie Fluit 2001, p. 298.

4.5.2 De doorsneepremie en doorsnee-opbouw

Een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds of de uitvoerder van een verplicht gestelde beroepspensioenregeling voert ten minste een basispensioenregeling uit. Een vrijwillige pensioenregeling kan alleen worden uitgevoerd indien dit een aanvulling op de basispensioenregeling betreft (art. 117 PW). Pensioen in de zin van de Pensioenwet en WVB is ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaandenpensioen. Onder de noemer nabestaandenpensioen vallen het partnerpensioen en wezenpensioen.

Voor de opbouw van pensioen of het ontstaan van een aanspraak op pensioen binnen verplicht gestelde fondsen en regelingen wordt een doorsneepremie voldaan. De pensioenpremie is een in geld uitgedrukte periodiek vastgestelde structurele prestatie die verschuldigd is aan de pensioenuitvoerder. De premie is bestemd voor de verzekering van pensioen en de daaraan verbonden kosten en dient kostendekkend te worden vastgesteld (artt. 128 PW en 123 WVB).

Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en uitvoerders van verplicht gestelde beroepspensioenregelingen die een DB-regeling uitvoeren, dienen een doorsneepremie te hanteren. De doorsneepremie is een premie, waarvan de hoogte onafhankelijk is van individuele kenmerken, waaronder leeftijd, geslacht, gezondheid en burgerlijke staat.²¹⁸ Deze premie wordt door een fonds berekent op basis van het aantal deelnemers dat onder de Verplichtstelling valt en wordt naar rato van de loonsom of van de som van de pensioengrondslagen verdeeld over de aangesloten werkgevers of beroepsgenoten.

De werkgever en beroepsgenoten voldoen de doorsneepremie aan de pensioenuitvoerder. Op het loon van de werknemer of ‘anders werkende’ kan een deel van de premie worden ingehouden door de werkgever (“**werknemerspremie**”) wanneer de werknemer dat met de werkgever is overeengekomen.²¹⁹ De doorsneepremie is derhalve de totale pensioenpremie die door een werkgever of beroepsgenoot wordt afgedragen aan respectievelijk een bedrijfstakpensioenfonds of de uitvoerder van een beroepspensioenregeling. Het werknemersdeel van de premie wordt ingehouden op het loon. De werkgever maakt als premiebetalingsplichtige de totale verschuldigde premie aan het fonds over. Ingeval een fonds verschillende regelingen uitvoert, die onderling voldoende afwijken, mogen voor deze regelingen voorts verschillende doorsneepremies worden gehanteerd (zie art. 8 lid 1 jo lid 3 en 4 Wet Bpf 2000).

Indien de samenstelling van groepen deelnemers bij (relatief kleine) beroepspensioenregelingen wijzigt kan dit relatief grote gevolgen hebben voor de hoogte van de (doorsnee)premie. Anders dan bij bedrijfstakpensioenfonds is er immers geen werkgever die een deel van de premie voldoet en rendementsschommelingen bekostigt. Deze schommelingen komen bij beroepspensioenregelingen volledig voor rekening van de beroepsgenoot.

De doorsneepremie bevordert intergenerationele solidariteit en risicosolidariteit (§4.3). Ik benadruk in dat verband dat solidariteit middels de doorsneepremie ook als ‘middel’ moet worden gezien om een met de werknemer afgesproken ‘doel’ te bereiken. Bij DB-regelingen, zoals de middelloonregeling, wordt immers een uitkering van een bepaalde hoogte toegezegd. Voor de werknemer is met name deze mate van zekerheid over het tot uitkering komen van het toegezegde pensioen relevant en niet de mate van solidariteit die leidt tot het beoogde doel (§5). De deelnemers of beroepsgenoten in een verplicht gestelde regeling krijgen in ruil voor de betaalde doorsneepremie een aanspraak op een pensioenuitkering.

²¹⁸ *Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3, p. 3 en 4.*

²¹⁹ *Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3, p. 17.* Ingeval alleen de werkgever premie bijdraagt, geldt de eis van de doorsneepremie onverkort.

Meestal wordt het werknemersdeel van de premie berekend als percentage van het pensioengevend salaris. Dit percentage is voor alle deelnemers gelijk, terwijl de pensioenopbouw varieert naar gelang de hoogte van het pensioengevend salaris varieert. Pensioenopbouw vindt steeds ten minste tijdsevenredig plaats (zie art. 17 PW). Bij DB-regelingen is sprake van doorsnee-opbouw. De doorsneeopbouw leidt tot een verhoogde mate van solidariteit binnen een regeling. Op die hoge mate van solidariteit wordt zoals besproken veel kritiek geuit, omdat deze onredelijk zou kunnen uitwerken voor jongeren in de huidige maatschappij (§4.5.5).

4.5.3 Doorsneepremie noodzakelijk?

Bedrijfstakpensioenfondsen en uitvoerders van beroepspensioenregelingen zijn bij wet verplicht om voor de financiering van de pensioenregeling een doorsneepremie in rekening te brengen bij de werkgevers en beroepsgenoten die onder de reikwijdte van de Verplichtstelling vallen (art. 23 WVB en art. 8 Wet Bpf 2000).²²⁰ Van deze hoofdregel zijn de vrijwillige regelingen uitgezonderd bij bedrijfstakpensioenfondsen (art. 8 lid 2 Wet Bpf 2000).²²¹ Bij beroepspensioenfondsen geldt de eis van een doorsneepremie niet voor vrijwillige regelingen en premieregelingen (art. 23 lid 2 WVB). De eis van de doorsneepremie geldt voor alle pensioenuitvoerders die een verplicht gestelde beroepspensioenregeling uitvoeren, in zoverre sprake is van een DB-regeling.

Een vrijwillige pensioenvoorziening, die deel uitmaakt van een verplicht gestelde regeling, geeft de deelnemer de mogelijkheid zelf te kiezen of deze zal deelnemen. Dit is problematisch voor het vaststellen van de doorsneepremie, aangezien niet vooraf bekend is wie de deelnemers zullen zijn en welke risico's door de premie moet worden afgedekt. De eis van een doorsneepremie geldt dan ook niet voor de vrijwillige pensioenvoorzieningen. In paragraaf 3.4.5 wordt besproken of de aanwezigheid van vrijwillige pensioenmodules in een pensioenregelingen kunnen leiden tot strijd met de EU-regels inzake mededinging en het vrij verkeer.

Bij premieregelingen wordt op grond van fiscale regelgeving veelal gebruik gemaakt van leeftijdsafhankelijke staffels, welke lastig te combineren zijn met een doorsneepremie waarin elementen als de leeftijd niet tot uiting mogen komen. Verplicht gestelde beroepspensioenregelingen hoeven op grond van artikel 23 lid 2 WVB bij premieregelingen geen doorsneepremie te hanteren. Dit ligt zoals gezegd op grond van de Wet Bpf 2000 anders voor de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, die ook bij premieregelingen een doorsneepremie moeten toepassen (zie art. 8 lid 2 Wet Bpf 2000). De Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten ("StiPP")²²² is een voorbeeld van een bedrijfstakpensioenfonds dat gebruik maakt van een premieregeling. In paragrafen 5.1.1 en 5.3 wordt besproken of verplichte deelname aan een premieregeling – waarvan het nieuwe reële contract (thans nog) kenmerken heeft – kan leiden tot het oordeel van het HvJEU dat sprake is van onverenigbaarheid met het EU-recht.

²²⁰ De wet spreekt overigens niet van 'doorsneepremie', maar van een bijdrage door of voor de deelnemers, die voor alle deelnemers gelijk is en een gelijk percentage van het loon bedraagt dan wel van het gedeelte van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking moet worden genomen.

²²¹ *Collective contribution* pensioenregelingen ('CDC-regelingen'), die steeds vaker worden uitgevoerd door verplicht gestelde fondsen, kwalificeren doorgaans als uitkeringsovereenkomst onder de Pensioenwet en zijn derhalve geschikt om een doorsneepremie in rekening te brengen. Hieraan doet niet af dat deze regelingen doorgaans voor de jaarverslaggeving als DC-pensioenregeling kwalificeren, aangezien de werkgever geen aanvullende bijdragen hoeft te storten en alleen de doorsneepremie voldoet. Zie bijvoorbeeld het Pensioenreglement PME 2006 voor werknemers geboren na 1949, p. 14, artikel 8. I.

²²² StiPP is verplicht gesteld voor werkgevers in de uitzend-, payroll- of detachingsbranche.

4.5.3.1 Berekening van het werknemersdeel van de doorsneepremie

Kritiek op de doorsneepremie is dat jongere generaties middels het werknemersdeel van de doorsneepremie een (te) hoge bijdrage leveren aan de pensioenopbouw van oudere generaties. Deze intergenerationele solidariteit moet volgens sommige jongeren (deels) worden afgeschaft. De aangevoerde argumenten zijn vanuit juridisch perspectief niet altijd juist. Ik meen dat het van belang is dat een aantal aannames in de media over (de uitwerking van) de doorsneepremie worden bijgesteld, of in een ander perspectief worden geplaatst.

Bij de doorsneepremie dient onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waarin het werknemersdeel van de doorsneepremie een vast percentage van de pensioengrondslag bedraagt en de situatie waarin het werknemersdeel van de doorsneepremie voor alle deelnemers in hoogte gelijk is. Voorts is van belang dat men zich realiseert dat zowel op het niveau van de werkgever als op het niveau van de werknemer over en weer kruissubsidies worden verleend binnen pensioenregelingen. In dat verband is voorts relevant dat niet alleen sprake kan zijn van kruissubsidies tussen verschillende generaties, maar ook bijvoorbeeld tussen mannen en vrouwen en tussen arbeidsgeschikten en arbeidsongeschikten. De mate waarin de ene groep de andere groep subsidieert zal sterk afhangen van het deelnemersbestand van een verplicht gesteld fonds en de specifieke (fysieke) risico's in een bedrijfstak of beroepsgroep. Tenslotte ben ik van mening dat het van belang is om het doel dat de wetgever voor ogen heeft gehad met solidariteit en collectiviteit binnen verplicht gestelde regelingen als het centrale vertrekpunt te nemen bij discussies over solidariteit.

4.5.3.1.1 Werknemersdeel doorsneepremie 1: percentage van de pensioengrondslag

Het werknemersdeel van de doorsneepremie kan op twee wijzen worden berekend. Ingeval het werknemersdeel van de doorsneepremie wordt berekend door voor iedere deelnemer hetzelfde vaste percentage van de pensioengrondslag te nemen, is van belang te constateren dat van kruissubsidiëring tussen jongere en oudere generaties nauwelijks sprake is.²²³ Een ieder betaalt immers hetzelfde percentage over zijn pensioengrondslag, waardoor de hoogte van de premie meestijgt met het salaris. Degenen met relatief hoge salarissen – over het algemeen de oudere werknemers – betalen derhalve meer premie dan degenen met de relatief lage salarissen. Op deze wijze betalen deelnemers een geïndividualiseerde premie die aansluit bij het eigen salarisverloop. Ik ben voorstander van deze wijze van premieberekening.

De kruissubsidiëring – middels risicospreiding en intergenerationele solidariteit – doet zich in feite in hoofdzaak voor tussen de verschillende werkgevers die onder de reikwijdte van de Verplichtstelling vallen (de wijze van opbouw van de premie even daargelaten). Vooral de werkgevers met een afwijkende werknemersstructuur binnen de bedrijfstak of beroepspensioengroep, zullen daardoor meer of minder premie voldoen dan dat aansluit bij het werknemersbestand dat zij hebben. Een werkgever met een jong, gezond werknemersbestand, dat hoofdzakelijk uit mannen bestaat, subsidieert bijvoorbeeld werkgevers met een vergrijsd, werknemersbestand, en een relatief hoog percentage vrouwen. De solidariteit tussen werkgevers, die nivellering van risico's bewerkstelligd, is van groot belang voor de legitimiteit van de Verplichtstelling. Dit volgt uit de rechtspraak van het HvJEU (zie §3.3.3). Zonder Verplichtstelling zouden immers de werkgevers met relatief veel 'goede' risico's niet langer willen deelnemen aan het systeem en zouden de pensioenkosten voor werknemers met relatief hoge 'slechte' risico's tot onaantvaardbare hoogte kunnen stijgen: dat is de bijl aan de wortel van de Verplichtstelling zetten.

²²³ Zie ook de uitleg van artikel 8 Wet Bpf in Langemeijer 2010: "De betekenis van de eis van doorsneepremie voor de werknemersbijdrage is in de praktijk beperkt. Alleen bij vrijwillige voorzieningen komen er gedifferentieerde werknemersbijdragen voor".

4.5.3.1.2 Werknemersdeel doorsneepremie 2: een gelijke premiehoogte

Indien het werknemersdeel van de doorsneepremie wordt berekend door voor een ieder een in hoogte gelijke premie te hanteren, zal sprake zijn van vermogensoverdrachten van de jongere generaties naar de oudere generaties. (art. 8 Wet Bpf 2000 en art. 23 WVB). De pensioenopbouw van ouderen is immers duurder, aangezien het korter kan renderen en er minder risicovol belegd kan worden. Het omslagpunt ligt bij de 46 jaar.²²⁴

Ik ben van mening dat het niet wenselijk is een doorsneepremie te hanteren waarbij het werknemersdeel van de premie in hoogte gelijk is, gezien de druk die hierdoor op de solidariteitsgedachte wordt uitgeoefend. De kruissubsidies tussen generaties zijn beperkter indien het werknemersdeel van de premie is gerelateerd aan het individuele pensioengevende salaris. Deze berekening van het werknemersdeel van de premie zal voor jongere generaties gemiddeld beter aansluiten bij de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en de demografische ontwikkelingen. Bedacht moet worden dat jongeren ook reeds direct mee betalen mee aan de negatieve rendementsschokken op de markt en naar verwachting zelf meer moeten sparen voor pensioenaanvullingen in de derdepijler dan de huidige oudere generaties. Dit met het oog ontwikkelingen als de versoering van de pensioenopbouw en de introductie van het reële contract met zachte rechten, dat – niet noodzakelijkerwijs, maar wel naar verwachting – kan resulteren in hoge nominale kortingen van pensioenen. Een noodzakelijke relativering is in dit verband, dat er bij het hanteren van een doorsneepremie niet alleen kruissubsidies kunnen bestaan tussen verschillende generaties deelnemers, maar ook tussen groepen als die van mannen en vrouwen, arbeidsongeschikten en werkenden. Tot nog toe lijkt er bij de twee laatstgenoemde groepen niet veel discussie te bestaan over de aanvaardbaarheid van (een hoge mate van) onderlinge kruissubsidies. Deze kruissubsidies kunnen echter, afhankelijk van het deelnemersbestand in een bedrijfstak of beroepsgroep, aanzienlijk zijn. Deze subsidies onderstrepen de solidariteitsgedachte van de Verplichtstellingssystematiek: aanvaard wordt dat geen onderscheid wordt gemaakt op basis van geslacht of gezondheid.

4.5.3.2 Koppeling werknemerspremie laten mee stijgen met individueel loon

Er zijn verplicht gestelde fondsen die het werknemersdeel van de doorsneepremie berekenen door een ieder dezelfde premie te laten betalen. Dit geschiedt bijvoorbeeld bij het grootste Nederlandse pensioenfonds: het ABP. Het is aan sociale partners om de voordelen en nadelen in kaart te brengen voor de achterban, die verbonden zijn aan de verschillende wijze waarop het werknemersdeel van de doorsneepremie kan worden berekend.

De mogelijke voordelen van een (geleidelijke) overstap van een gelijke pensioenpremie voor werknemers naar het laten meestijgen van het werknemersdeel van de premie met de draagkracht, door een koppeling aan de pensioengrondslag zijn besproken. De kruissubsidiëring aan ouderen zal gemiddeld afnemen, waardoor de kritiek van jongeren op het financiële plaatje van de doorsneepremie in de desbetreffende bedrijfstakken of beroepsgroep minder (of niet) valide is. Daar zal met name sprake van zijn indien sprake is van een relatief vergrijsde bedrijfstak, waar jongeren gemiddeld niet veel jaren werkzaam zijn.

De overstap naar een werknemerspremie met koppeling aan het individuele loon, zou voorts een (verdere) stimulans kunnen vormen voor de mobiliteit op de arbeidsmarkt voor jongere werknemers. Een (eventuele) wijziging van de berekening van het werknemersdeel van de premie naar een percentage van de pensioengrondslag zal naar verwachting niet alleen positieve effecten kunnen hebben voor de deelnemers. Doordat kruissubsidies worden beperkt zullen de oudere generaties in kwestie gemiddeld meer premie moeten gaan voldoen. Zij hebben immers doorgaans hogere salarissen dan jongeren. Ouderen, die op jongere leeftijd reeds deelnamen aan de pensioenregeling en in hun jonge jaren dezelfde premie hebben

²²⁴ J. Tamerus 2007.

voldaan als de toenmalige ouderen, worden door de overstap (gemiddeld) benadeeld. De kruissubsidie die zij zelf voldeden voor ouderen, krijgen zij immers zelf in mindere mate terug.

Bovenstaand is aangestipt dat sociale partners en beroepspensioenverenigingen de voordelen en nadelen van de verschillende wijzen waarop de werknemerspremie kan worden berekend, tegen elkaar moeten afwegen, mede met het oog op de solidariteitsgedachte en Verplichtstelling. Bij deze afweging dienen sociale partners de verschillende belangen van de achterban steeds tegen elkaar af te wegen. (zie o.a. §§3.3.3.3 en 4.8).²²⁵ Bij een wijziging van de berekening van het werknemersdeel van de premie adviseer ik ook te kijken naar het treffen van overgangsregelingen voor een afgebakende groep (oudere) personen, of de eventuele mogelijkheid om een nieuw pensioenreglement in te stellen voor nieuwe toetreders. Mede met behulp van heldere communicatie over het voorgaande, kan worden gebouwd aan het herstel van het vertrouwen van jongere generaties en het vergroten van het draagvlak voor de bestaande systematiek van de Verplichtstelling.

4.5.3.3 De betaalbaarheid van de doorsneepremie voor werkgevers

De mogelijkheid voor werkgevers (of beroepsgenoten) om de pensioenpremie bij te dragen is niet zonder einde. Naar verwachting zal de benodigde premie blijven doorstijgen vanwege de vergrijzing en de stijgende arbeidsparticipatie door oudere werknemers (zie o.a. §1.1 en §4.5.1). Het aandeel van de premie-inkomsten neemt door deze ontwikkelingen af ten opzichte van de hoogte van de pensioenverplichtingen en de looptijd ervan. Mede om die reden worden maatregelen als de fiscale versoering van de pensioenopbouw doorgevoerd, of kiezen sociale partners voor de maximering van het pensioengevend salaris.

Het is aan de sociale partners om – binnen het gegeven wettelijk kader – te anticiperen op de belangen van de achterban. Indien blijkt dat de (financiële) rek eruit is bij de werkgevers, moet door hen worden gezien welke oplossingen passend zijn. Een verlaging van het opbouwpercentage kan zo'n oplossing zijn, die onder meer is gekozen voor het Bpf Bouw en Bpf Rijn- en Binnenvaart.²²⁶ Het CPB gaf in 2009 aan dat de omvorming van een pensioenregeling van defined benefit naar defined contribution, vanaf een bepaalde leeftijd niet alleen tot een beperking van de premie kan leiden, maar ook de impliciete 'subsidie' van laagopgeleide mannen aan hoogopgeleide vrouwen kan verzachten met gemiddeld 2,5%.²²⁷ Voor bepaalde bedrijfstakken kan dat relevant zijn. Te denken valt aan het Pensioenfonds voor Metaal en Techniek ('PMT'), waar met name laag opgeleide mannen werken en aan het Pensioenfonds Zorg en Welzijn ('PfZW') waar met name vrouwen werkzaam zijn. Werkgevers hebben een eigen verantwoordelijk. Zij kunnen bij een maximering van het pensioengevend salaris, zonder introductie van een excedentregeling bijvoorbeeld besluiten om een collectieve excedentregeling te verzekeren voor degenen met een salaris dat uitstijgt boven de maximering. In de volgende paragraaf wordt getoetst of de berekening van de doorsneepremie in Nederland in overeenstemming is met het recht van de EU en rechtspraak van het HvJEU inzake gelijke behandeling.

²²⁵ Zie over de mogelijkheid van het treffen van overgangsregelingen, 'package deals' en gelijke behandeling bij de leeftijd Heemskerk 2005, p. 24 tot p. 29.

²²⁶ De opbouwpercentages zijn voor het Bpf Bouw met ingang van 2013 verlaagd van 2,25% naar 1,8% en de voorwaardelijke rechten uit de aanvullingsregelingen zijn verlaagd met 10%. De versoeringen zijn doorgevoerd omdat de lage rente, gestegen levensverwachting en daling van het aantal werknemers de pensioenkosten sterk opdreven binnen de bedrijfstak. Sociale partners kwamen voor de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Rijn- en Binnenvaart overeen dat het opbouwpercentage in 2012 werd verlaagd van 1,842% naar 1,43%. In 2013 steeg het percentage naar 1,57%.

²²⁷ CPB rapport 2009, p. 15, 33 en 34.

4.5.3.4 Gelijke beloning bij geslacht op grond van het EU-recht

De discussie over de vraag of actuariële factoren, gebonden aan geslacht, zijn toegestaan bij de vaststelling van de pensioenpremie is een interessante. Vrouwen leven gemiddeld langer dan mannen en derhalve is voor een levenslange pensioenuitkering voor vrouwen gemiddeld meer kapitaal nodig dan voor mannen, uitgaande van gelijke beleggingsrendementen voor mannen en vrouwen over de ingelegde premie. Indien geen rekening zou mogen worden gehouden met deze geslachtsgebonden omstandigheid, zou de pensioenuitkering van vrouwen gemiddeld lager zijn dan die van mannen. Dit onderscheid in uitkering wordt tegengaan door de uitzondering in artikel 9 lid 1 sub h van de Richtlijn gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (2006/54/EG). De Nederlandse wetgever heeft deze uitzondering opgenomen in artikel 12c WGB m/v. In deze paragraaf zet ik nader uiteen of dit onderscheid en zo ja, in welke mate dit onderscheid gerechtvaardigd is.

De grondrechten die op het niveau van de EU gelden zijn gegrond op artikel 6 VEU. In het Handvest van de grondrechten van de EU (het “**Handvest**”) is een overzicht opgenomen van de op het niveau van de Unie gewaarborgde grondrechten. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest dezelfde juridische waarde als de Verdragen (zie art. 6 lid 1 VEU).²²⁸ Het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie van mannen en vrouwen, dat is erkend door het HvJEU als fundamenteel beginsel van het EU-recht, is als grondrecht vastgelegd in artikel 21 lid 1 en artikel 23, eerste alinea van het EU-Handvest.

Het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid is neergelegd in artikel 141 VWEU. Iedere lidstaat dient ervoor zorg te dragen dat het beginsel correct wordt toegepast (zie art. 157 lid 1 VWEU). De Raad kan, na goedkeuring door het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van onder meer leeftijd en geslacht te bestrijden. Indien de Raad gebruik maakt van deze machtiging, geschiedt dat met inachtneming van artikel 3 lid 3, tweede alinea VEU, waarin staat dat de EU sociale uitsluiting en discriminatie bestrijdt en sociale rechtvaardigheid bevordert, evenals gelijkheid van vrouwen en mannen en solidariteit tussen generaties. De EU-wetgever dient in dat verband rekening te houden met de ontwikkeling van de economische en sociale situatie in de EU. Voorts moet het nagestreefde doel coherent worden verwezenlijkt; hetgeen niet uitsluit dat in een overgangperiode of in uitzonderingen van beperkte draagwijdte kan worden voorzien.

4.5.3.4.1 Neeth arrest en Coloroll arrest – premie en beloningsbegrip

Het HvJEU heeft zich in het Neeth en Coloroll arrest ten dele uitgesproken over het gebruik van verschillende actuariële berekeningsfactoren op grond van geslacht bij aanvullende pensioenregelingen.²²⁹ In deze arresten heeft het HvJEU overwogen dat de financieringsmodaliteiten bij pensioenregelingen met toegezegde uitkeringen niet onder het beloningsbegrip vallen. Ook de werkgeversbijdrage aan een dergelijke regeling is geen onderdeel van het beloningsbegrip.

²²⁸ Voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon had het Handvest nog geen met het primaire recht vergelijkbare bindende rechtsgevolgen, maar kon het als ‘inspiratiebron’ worden gezien bij de uitleg van de grondrechten op EU-niveau. Zie ook r.o. 28 en 29 in HvJEU, 1 maart 2011, C-236/09, Jurispr. 2011, p. I-00773 (‘Test-Aankoop’) inzake de toetsing van een bepaling in een Richtlijn aan het EU-Handvest.

²²⁹ HvJEU, 22 december 1993, C-152/92, Jurispr. 1993, p. I-6935 (‘Neeth’).

De beloning is op grond van artikel 141 van het VWEU: “het gewone basis- of minimumloon of –salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt”. Alle vormen van bedrijfspensioenen vormen ingevolge het HvJEU een element van het beloningsbegrip²³⁰, evenals de bijdragen van werknemers aan een pensioenregeling.²³¹ Bij het vaststellen van het werknemersdeel van de premie moet echter sprake zijn van een sekseneutrale premie, zo overwoog het HvJEU in het Coloroll arrest.²³² In de Nederlandse wetgeving is het op grond van artikel 12 c WGB m/v. mogelijk een onderscheid te maken op grond van geslacht bij het bepalen van de werkgeverspremie. Anders ontvangen vrouwen gemiddeld een lagere uitkering dan mannen.

4.5.3.4.2 Test-aankoop arrest – onderscheid in Richtlijn getoetst aan EU-Handvest

Op 11 maart 2011 heeft het HvJEU het ‘Test-Aankoop’ arrest gewezen²³³. Dit arrest betreft de vraag of het geslacht van een verzekerde in aanmerking mag worden genomen als actuariële factor bij het bepalen van de hoogte van de premies en uitkeringen van een particuliere levensverzekeringsovereenkomst, die los staat van de arbeid. De Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop en twee particulieren (hierna: “**Test-Aankoop**”) hadden een zaak aanhangig gemaakt voor de Belgische rechter, waarin zij kort gezegd verzochten de Belgische wet tot omzetting van Richtlijn 2004/113/EG in nationale regelgeving te vernietigen, vanwege (onder meer) strijd van een overgangsbepaling met het Unierechtbeginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen. Dat leidde tot prejudiciële vragen aan het HvJEU. Richtlijn 2004/113/EG ziet nadrukkelijk niet op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, maar er is wel een duidelijke overeenkomst met de doelstelling van van Richtlijn 2006/54/EG die de gelijke behandeling op grond van geslacht bij arbeid en beroep betreft.²³⁴

Artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2004/113/EG gebiedt lidstaten ervoor zorg te dragen dat het gebruik van sekse als actuariële factor bij de berekening van premies en uitkeringen van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten niet resulteert in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen. Deze bepaling ziet op alle contracten die na 21 december 2007 zijn gesloten. Het tweede lid staat onder voorwaarden aan lidstaten toe om na ommekomst van de overgangsperiode uitzonderingen te blijven maken op de regel dat sprake moet zijn van sekseneutrale premies en uitkeringen. Er dient bij gebruikmaking van de uitzondering onder meer sprake te zijn van ‘proportionele’ verschillen in premies en uitkeringen die is gebaseerd op relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens, in gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico. Weliswaar zal de uitzonderingsgrond na 21 december 2012 worden getoetst, maar een limiet voor gebruikmaking van de uitzondering wordt niet gegeven.

²³⁰ Zie HvJEU, 17 mei 1990, C-262/88, Jurispr. 1990, p. I-1889 (‘Barber’).

²³¹ Richtlijn 2006/54/EG vermeldt in de considerans onder punt 15 dat het Hof van Justitie heeft bevestigd dat, de bijdragen van mannelijke en vrouwelijke werknemers aan een pensioenregeling met vaststaande uitkeringsniveaus onder artikel 141 van het VWEU vallen.

²³² HvJEU, 22 december 1993, C-152/92, Jurispr. 1993, p. I-6935 (‘Neath’); en HvJEU, 28 september 1994, C-200/91, Jurispr. 1994, p. I-4389 (‘Coloroll’), r.o. 80. Zie ook HvJEU, 11 maart 1981, C-69/80 (‘Worringham’). Opgemerkt zij dat het HvJEU in het Coloroll arrest niet is toegekomen aan een beoordeling ten gronde van de vraag of sprake was van een schending van het gelijkheidsbeginsel. Het Hof concludeerde dat het verschil in actuariële factoren op grond van geslacht geen invloed had op de beloning.

²³³ HvJEU, 1 maart 2011, C-236/09, Jurispr. 2011, p. I-00773 (‘Test-Aankoop’), r.o. 23.

²³⁴ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) (PB EG 204/23).

Artikel 5 lid 2 van Richtlijn 2004/113/EG is door het HvJEU met ingang van 21 december 2012 ongeldig verklaard. Het HvJEU heeft hiertoe overwogen dat het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren wijdverspreid is bij het verlenen van verzekeringsdiensten (waaronder pensioenproducten in de derde pijler). Deze actuariële factoren mogen in nieuwe contracten, die na 21 december 2007 zijn gesloten, niet langer resulteren in verschillen tussen de premies en uitkeringen van verzekerde mannen en vrouwen. Een overgangsregeling waarbinnen de regel van unisekspremies en uniseksuitkeringen geleidelijk wordt ingevoerd, is toegestaan.²³⁵

Artikel 5 lid 2 van Richtlijn 2004/113/EG betreft een uitzondering op de verplichting om seksneutrale premies en uitkeringen te hanteren, maar deze bepaling staat het lidstaten volgens het HvJEU ten onrechte toe dat ook na afloop van de overgangstermijn lidstaten onbeperkt gebruik kunnen blijven maken van de uitzondering. Dat is ingevolge het HvJEU in strijd met de artikelen 21 en 23 van het Handvest van de grondrechten van de EU (het “**EU-Handvest**”). Ook is sprake van strijd met artikel 6 lid 2 VEU en het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie in het VWEU (zie art. 157 lid 1 VWEU, artt. 8 en 19 lid 1 VWEU, art. 3 lid 3, tweede alinea VEU).

Het Test-aankoop arrest heeft belangrijke consequenties voor de berekening van risicopremies door verzekeraars in de EU. Voorts is interessant dat een bepaling in de Richtlijn in kwestie rechtstreeks is getoetst aan het Handvest, welke inmiddels dezelfde status heeft als een Verdrag, en ongeldig is verklaard.²³⁶ Dat is tot op heden nog niet vaak gebeurd. Het HvJEU kent daarbij belang toe aan het gegeven dat in de considerans van Richtlijn 2004/113/EG wordt verwezen naar het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het Handvest. De Nederlandse wetgever heeft reeds bij Besluit van 7 november 2012 de wetgeving die ziet op gelijke behandeling op grond van geslacht bij levensverzekeringen aangepast aan de overwegingen van het HvJEU in het Test-aankoop arrest.²³⁷ De uitzondering in artikel 1 sub h van het Besluit, op grond waarvan sprake mag zijn van premieverschillen bij levensverzekeringen indien het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen het verschil in premie redelijkerwijs meebrengt, mag met ingang van 21 december 2012 alleen nog worden gemaakt voor (levens)verzekeringsovereenkomsten van vóór die datum. Het CBS berichtte in september 2012 dat het verschil in levensverwachting tussen Nederlandse mannen en vrouwen gemiddeld 3,7 jaar bedraagt, in het voordeel van de vrouwen.²³⁸

De vraag luidt nu of het Test-aankoop arrest naar verwachting ook effect zal hebben op artikel 9 lid 1 sub h van de Richtlijn 2006/54/EG inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. Artikel 9 lid 1 sub h van de Richtlijn 2006/54/EG bepaalt dat bepalingen die direct of indirect van het geslacht uitgaan om verschillende niveaus voor de prestaties vast te stellen, in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, tenzij dat verschil nodig is om rekening te houden met actuariële berekeningsfactoren bij regelingen waarvan de hoogte van de bijdrage vaststaat (premieovereenkomsten). Ingeval sprake is van regelingen met vaststaande uitkeringsniveau's (uitkeringsovereenkomsten), mogen bepaalde elementen ongelijk zijn voor mannen en vrouwen bij de tenuitvoerlegging van de financiering van de regeling, voor zover het verschil tussen de bedragen het gevolg is van verschillende actuariële factoren die gekoppeld zijn aan het geslacht.

²³⁵ HvJEU 1 maart 2011, C-236/09, Jurispr. 2011, p. I-00773 ('Test-Aankoop'), r.o. 32.

²³⁶ Burri 2011, p. 34. Burri geeft aan dat de directe toetsing van bepalingen van Richtlijnen aan het EU-Handvest de “potentiële betekenis van het gelijkheidsbeginsel in het unierecht” verder zou kunnen versterken.

²³⁷ Stb. 2012, nr. 565. Besluit van 7 november 2012 tot wijziging van het Besluit gelijke behandeling (horizonbepaling premieverschillen bij levensverzekeringen), artikel 1.

²³⁸ CBS 2012 (3).

Artikel 9 sub h staat derhalve uitzonderingen toe op de hoofdregel dat premies en uitkeringen bij (pensioen)regelingen sekseneutraal – en dus voor een ieder gelijk – moeten zijn.²³⁹ De EC heeft in het licht van het Test-aankoop arrest Richtsnoeren gepubliceerd.²⁴⁰ De Commissie bevestigt hierin allereerst dat de Richtlijn 2004/113/EG alleen van toepassing is op verzekeringen en pensioenen die berusten op een particuliere, vrijwillige en los van de arbeidsbetrekking staande grondslag. Deze Richtlijn is uitdrukkelijk niet van toepassing op (pensioen)verzekeringen in verband met arbeid en beroep, zoals behandeld in Richtlijn 2006/54/EG (r.o. 21). In de Richtsnoeren overweegt de Commissie vervolgens dat het Test-aankoop arrest geen juridische gevolgen heeft voor artikel 9 lid 1 sub h van Richtlijn 2006/54/EG. De redenen die hiervoor worden genoemd zijn dat deze bepaling betrekking heeft op de ‘aparte en duidelijk afgebakende context van bedrijfspensioenen’ en anders geformuleerd is dan artikel 5 lid 2 van de Richtlijn 2004/113/EG. Met de tweede reden wordt vermoedelijk gedoeld op het feit dat de bepaling geen in tijd beperkte overgangsregeling behelst, zoals in artikel 5 lid 2 van de Richtlijn 2004/113/EG is opgenomen. Daar tegen kan worden ingebracht dat het feit, dat er geen enkele beperking in tijd is opgenomen in artikel 9 lid 1 sub h, ook zou kunnen betekenen dat het HvJEU in de toekomst zou kunnen oordelen dat Richtlijn 2006/54 op dit punt niet in overeenstemming is met de verwezenlijking van het doel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de beloning.²⁴¹ Te meer daar in overweging 5 van deze Richtlijn wordt verwezen naar het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het Handvest. Dat lijkt mij wel onwenselijk in het licht van de solidariteitsgedachte die ten grondslag ligt aan de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen.

De Nederlandse regering volgt de Richtsnoeren van de EC. Dat betekent dat de uitspraak alleen betrekking heeft op individueel af te sluiten levensverzekeringen, waaronder derde pijler pensioenproducten. Het vervallen van de uitzondering in het Test-aankoop arrest is volgens de regering niet van invloed op ‘de verplichting tot gelijke behandeling met betrekking tot door pensioenfondsen of verzekeraars uitgevoerde collectieve pensioenregelingen of voor door tussenkomst van de werkgever afgesloten pensioenverzekeringen’.²⁴²

Ingeval het HvJEU in de toekomst wel zou oordelen dat de uitzondering in artikel 9 lid 1 sub h van Richtlijn 2006/54/EG niet langer is toegestaan, zal dat effect hebben op de nationale wetgeving van Nederland inzake het tweede pijler pensioen. Op grond van artikel 7:646 BW is het reeds verboden voor de werkgever onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij de arbeidsvoorwaarde pensioen. Ook anderen dan de werkgever, zoals het pensioenfonds, mogen dit onderscheid niet maken (zie art. 12b WGB m/v). In artikel 12c WGB m/v is echter opgenomen dat zowel bij uitkeringsovereenkomsten, als bij kapitaalovereenkomsten en premieovereenkomsten het verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen geen toepassing vindt bij het bepalen van de omvang van de premiebijdrage van de werkgever, voor zover dit verschil gerechtvaardigd is met het oog op de verschillende actuariële berekeningsfactoren bij mannen en vrouwen. Deze bepaling gaat verder dan Richtlijn 2006/54/EG, aangezien de voorschriften inzake gelijke beloning voor mannen en vrouwen in de Richtlijn geen betrekking hebben op individuele vrijwillige aanvullende pensioenvoorziening. De geldende leer is echter vooralsnog dat artikel 12c WGB m/v in overeenstemming is met het recht van de EU. Een andere uitkomst zou wat mij betreft ook onwenselijk zijn gezien het doel van het onderscheid tussen mannen en vrouwen dat met de verschillende actuariële berekeningsfactoren wordt gediend.

²³⁹ HvJEU, 22 december 1993, C-152/92, Jurispr. 1993, p. I-6935 (‘Neath’); en HvJEU, 28 september 1994, C-200/91, Jurispr. 1994, p. I-4389 (‘Coloroll’).

²⁴⁰ Richtsnoeren betreffende de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad op verzekeringen, in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-236/09 (Test-Aankoop) Voor de EER relevante tekst (2012/C 11/01).

²⁴¹ Zie ook Lutjens 2011 (3) en de noot van Kalkman bij PJ 2011/96.

²⁴² Zie Stb. 2012, nr. 565, Toelichting, p. 4.

In de volgende paragraaf wordt gezien of de progressieve premie in gevallen een goed alternatief kan zijn voor de doorsneepremie en of deze gelegitimeerd is met het oog op het EU-mededingingsrecht.

4.5.4 Progressieve premie wenselijk?

Een progressieve premie stijgt naar mate de leeftijd van de deelnemer toeneemt. De premie wordt daardoor steeds kostbaarder, aangezien voor ouderen minder rendement op de premie kan worden behaald en minder risicovol mag worden belegd. Een voordeel van een progressieve premie is dat de koopkracht op jonge leeftijd groter is dan bij een gemiddeld groter zal zijn dan bij het gebruik van een doorsneepremie. Deze extra koopkracht kan op jongere leeftijd bijvoorbeeld worden aangewend voor grote uitgaven, zoals de aanschaf van een huis. Het hanteren van een progressieve premie is echter naar mijn mening onwenselijk, vanwege de (zeer) nadelig effecten op het uitgavenpatroon van ouderen op latere leeftijd en de mogelijke ondergraving van de arbeidsmarktpositie van deze (dure) groep deelnemers.²⁴³

Een volgend nadeel van een progressieve premie is, dat uit de gedragswetenschap naar voren komt dat het door velen lastig wordt gevonden om op jongere leeftijd rekening te houden met het inkomsten- en uitgavenpatroon waarvan sprake zal zijn op de pensioendatum. Ouderen kunnen om die reden bij een progressieve premie voor vervelende verrassingen komen te staan op latere leeftijd. Hierdoor worden zij kwetsbaarder voor financiële tegenvallers, zoals (te) dure, onverkoopbare woningen, die gezien de huidige markt met verlies moeten worden verkocht. Goede communicatie hierover aan ouderen zal naar alle waarschijnlijkheid onvoldoende uitkomst bieden. Uit onderzoek van Van Rooij, Kool en Prast is gebleken dat actieven zelfs geen actie ondernemen op het vlak van pensioenen, indien zij worden geïnformeerd over een aanzienlijke inkomensval op de pensioengerechtigde leeftijd.²⁴⁴ Dit, terwijl zij wel aangeven zich ervan bewust te zijn dat ze zelf actie zouden moeten ondernemen. Voorts geldt: hoe lager de opleiding, hoe minder actie er wordt ondernomen.

Bij een progressieve premie kan voorts de mededingingsrechtelijke rechtvaardiging voor de Verplichtstelling onder druk komen te staan. Het HvJEU heeft de solidaire doorsneepremie niet als doorslaggevend element genoemd voor de rechtvaardiging van de Verplichtstelling. De hoge mate van solidariteit die in de arresten *Brentjens c.s.* aanwezig werd geacht door het HvJEU, werd wel *mede* bewerkstelligd door de doorsneepremie. Dat in die arresten aan het solidariteitsbeginsel was voldaan speelde een rol bij het aantonen van de noodzaak van het uitsluitend recht van verplicht gestelde fondsen (art. 106 lid 2 VWEU jo. 102 VWEU).²⁴⁵ Uit de rechtspraak van het HvJEU inzake (verplichte) collectieve arbeidsvoorwaarden en sociale werknemersverzekeringen, blijkt echter niet dat de doorsneepremie noodzakelijk is om een inbreuk op het mededingingsrecht te kunnen blijven rechtvaardigen. Wel meen ik dat, indien de doorsneepremie zou worden afgeschaft en niet zou worden vervangen door een andere type solidaire premie, de kans bestaat dat niet langer aan het solidariteitsbeginsel kan worden voldaan en geen gebruik meer kan worden gemaakt van de algemeenbelangexceptie (art. 106 lid 2 VWEU). De monopoliepositie van een verplicht gesteld fonds of de uitvoerder van een verplicht gestelde beroepspensioenregeling is in dat geval niet langer gerechtvaardigd.

De vervanging van de doorsneepremie door een actuair *faire* premie – deze houdt volledig rekening met de kenmerken van de individuele deelnemer – is aantrekkelijk voor jongere werknemers, maar kan ten koste gaan van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers. Het CPB berekende dat een actuair *faire* premie voor een werknemer van 64 jaar 3 à 4 keer zo

²⁴³ Zie ook Bovenberg & Boon 2010 (2).

²⁴⁴ Prast, Teppa & Smits 2012, p. 3-4 en Van Rooij, Kool & Prast, 2007.

²⁴⁵ Zie ook Lutjens 2007 (1).

hoog is als die voor een 25-jarige.²⁴⁶ Wanneer de doorsneepremie derhalve door een meer individuele progressieve premie wordt vervangen, zal de prikkel voor ‘goede’ risico’s om uit te treden afnemen. Bij een progressieve premie betalen jongeren immers lage kosten voor de pensioenopbouw, waardoor de prikkel om uit te willen treden laag is. Voor ouderen kan de prikkel om door te willen werken daarentegen vervallen vanwege de torenhoge pensioenlasten.²⁴⁷ Een progressieve premie zal er bovendien in kunnen resulteren dat werkgevers oudere werknemers niet of minder in dienst willen nemen vanwege de bijbehorende hoge pensioenpremies. Deze effecten vind ik onwenselijk.

De hoge pensioenlasten op latere leeftijd die worden veroorzaakt door een progressieve premie zouden wel enigszins kunnen worden afgeremd door een maximum pensioengevend salaris op te nemen in de pensioenregeling, voor zover objectief te rechtvaardigen. Het nadeel daarvan is dat de opbouw dan in het voortraject zou moeten worden opgehoogd om een aanvaardbaar pensioen te kunnen bereiken, hetgeen in het Regeerakkoord onder meer onaantrekkelijker is gemaakt door de fiscale versoering van de opbouw. Het treffen van een (vrijwillige) excedentregeling of pensioenvoorzieningen in de derde pijler resulteert naar verwachting wederom in hoge kosten voor oudere werknemers en een afnemende prikkel om door te willen werken. In de volgende paragraaf wordt besproken wat de eventuele voor- en nadelen van de doorsnee-opbouw zijn en of de degressieve opbouw in specifieke gevallen een goed alternatief zijn kunnen zijn voor de doorsnee-opbouw.

4.5.5 Doorsnee-opbouw noodzakelijk?

De kritiek van jongeren op het nadeel dat zij kunnen ondervinden bij de pensioenopbouw door de toegenomen mobiliteit van jongere werknemers op de arbeidsmarkt is (in gevallen) valide. Een kanttekening die hierbij moet worden geplaatst is dat de hoogte van de pensioenopbouw in verhouding tot de waarde van de inleg per bedrijfstak of beroepsgroep kan verschillen, vanwege de verschillende risico’s in de deelnemersbestanden en het overeengekomen premiepercentage. Algemene conclusies kunnen daarom alleen als richtsnoer dienen. Het is op decentraal niveau aan sociale partners om te bezien welke belangen de eigen achterban heeft en op welke wijze daaraan invulling wordt gegeven in de pensioenregeling.

Deelnemers krijgen in ruil voor de afgedragen (doorsnee)premie een aanspraak op een pensioenuitkering. Het percentage van het middelloon of eindloon dat wordt opgebouwd, is voor alle deelnemers hetzelfde, ongeacht leeftijd, geslacht of gezondheid. Hierdoor is sprake van een doorsnee-opbouw (althans: bij DB-regelingen). Voor een jongere die net is begonnen met werken bedraagt de actuariële waarde van de pensioenopbouw slechts ongeveer de helft van de ingelegde premie,²⁴⁸ terwijl de waarde van de opgebouwde rechten van de ouderen ongeveer het dubbele van de ingelegde premie bedraagt. De oorzaak voor het verschil in actuariële waarde van de doorsnee-opbouw is, zoals aangegeven, dat het pensioen van jongeren langer kan renderen en daardoor op het moment van opbouw minder waarde heeft dan dat van een oudere deelnemer.

Een voordeel van de doorsnee-opbouw is dat een hoge mate van solidariteit wordt bewerkstelligd tussen de deelnemers, hetgeen bijdraagt aan de legitimiteit van de Verplichtstelling op Europees niveau. Een dergelijke solidariteit zou zonder Verplichtstelling waarschijnlijk niet kunnen worden bereikt, omdat de financiële prikkel voor jongeren om te willen bijdragen aan de pensioen-opbouw van ouderen niet aanwezig is, indien zij ervan uitgaan dat zij dit voordeel zelf niet zullen genieten op latere leeftijd.

²⁴⁶ CPB rapport 2009.

²⁴⁷ Lutjens 2007 (1).

²⁴⁸ Zie Boeijen 2006.

Uit de rechtspraak van het HvJEU volgt niet dat het noodzakelijk is een doorsnee-opbouw te hanteren in een verplicht gestelde pensioenregeling, teneinde het uitsluitende recht te rechtvaardigen van de pensioenuitvoerder die de regeling uitvoert. Een voldoende mate van solidariteit wordt immers bereikt indien een doorsneepremie wordt gebruikt – het verband tussen risico en premie is dan niet stelselmatig evenredig – en de waarde van de prestatie niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van een deelnemer. Aan het laatste criterium kan onder meer worden voldaan door voldoende solidaire elementen op te nemen in de regeling waarvan ex ante niet vast staat dat het recht op een prestatie (een recht of aanspraak) daadwerkelijk zal ontstaan op het niveau van het individu. Het recht op een nabestaandenpensioen, de toekenning van voorwaardelijke toeslag en premievrije opbouw vanwege arbeidsongeschiktheid zijn hiervan voorbeelden.

4.5.5.1 Nadelen doorsnee-opbouw

Tegen de voordelen van de doorsnee-premie die in bovenstaande paragraaf zijn genoemd, kan het volgende worden ingebracht. Bovenberg en Boon wijzen erop dat een aantal (impliciete) compenserende elementen die in het verleden van toepassing waren voor jongeren, waardoor het evenwicht tussen de hoogte van de premie en pensioenopbouw (enigszins) werd hersteld, niet allemaal meer bestaan.²⁴⁹

Het voormalige eindloonsysteem was zo'n 'compenserende kracht'.²⁵⁰ Door het eindloonsysteem werd impliciet met terugwerkende kracht compensatie geboden aan jongeren voor het voldoen van een hoge premie, in ruil voor een lage opbouw. De pensioenopbouw werd immers automatisch en met terugwerkende kracht opgehoogd bij een salarissprong. Het eindloonsysteem is echter grotendeels verlaten en deze impliciete compensatieverlening is dan ook vrijwel non-existent geworden. Een andere compenserende kracht die mogelijk komt te vervallen is de langere periode waarover jongere generaties pensioen krijgen uitgekeerd, door de toegenomen levensverwachting ten opzichte van de gemiddelde levensverwachting van ouderen. In het nieuwe reële pensioencontract is gekozen voor het meebewegen van de pensioenleeftijd met de levensverwachting. Hierdoor vervalt de (impliciete) compensatie voor de doorsnee-opbouw voor jongeren. Bovenberg en Boon benoemen voorts de 'perverse herverdeling' tussen laag- en hoggeschoolden, die optreedt door de doorsnee-opbouw. Laaggeschoolden beginnen over het algemeen eerder met werken. De premies die zij voldoen renderen langer, maar dat zien zij niet terug in de hoogte van de pensioenaanspraken. Hoogopgeleiden beginnen daarentegen vaak op latere leeftijd met werken en gaan daarmee tot op hogere leeftijd door. Volgens Bovenberg en Boon leveren laagopgeleiden door de perverse herverdeling ongeveer 20% van het pensioen in, terwijl hoogopgeleiden juist 10% meer pensioen ontvangen.²⁵¹

Ik vat de kritiek die Bovenberg en Boon hebben op de doorsnee-opbouw als volgt samen:

- 1 Benadeling van jongeren die (steeds vaker) niet het hele werkzame leven deelnemen in hetzelfde fonds en/of pensioen opbouwen op basis van de doorsneesystematiek en daardoor zelf op hogere leeftijd geen of minder kruissubsidie ontvangen;
- 2 Het vervallen van impliciete compensatie voor jongeren, door het verlaten van de eindloonsystematiek en een pensioenopbouw die mee-ademt met de stijgende levensverwachting;
- 3 Een perverse herverdeling tussen laagopgeleiden en hoogopgeleiden.

²⁴⁹ Bovenberg & Boon 2010 (2), p. 1.

²⁵⁰ Zie ook Bovenberg & Boon 2010 (2), p. 1.

²⁵¹ Bovenberg & Boon 2010 (1), p. 2.

In de volgende paragraaf wordt gezien of een degressieve pensioen-opbouw een beter alternatief kan vormen voor de huidige doorsnee-opbouw en of deze opbouwssystematiek bij wet is toegestaan.

4.5.6 Degressieve opbouw wenselijk?

Verschillende stemmen gaan op om een overstap te maken van een doorsneepremie met een doorsnee-opbouw naar een doorsneepremie met een degressieve pensioenopbouw.²⁵² Bij een degressieve opbouw is de hoogte van de doorsneepremie gekoppeld aan een actuariële, leeftijdsafhankelijke pensioenopbouw. Indien een percentage van de pensioengrondslag wordt opgebouwd door een werknemer, neemt de hoogte van dit percentage af, naarmate de leeftijd van de deelnemer stijgt. De solidariteit tussen laaggeschoolden, die doorgaans korter leven dan hooggeschoolden, die doorgaans langer leven, neemt hierdoor af.

Ter ondervanging van de kruissubsidie van jongeren aan ouderen, deed de Commissie Goudswaard in 2010 al een voorstel tot invoering van een actuariële, leeftijdsafhankelijke degressieve opbouw, in combinatie met een doorsneepremie.²⁵³ Bovenberg en Boon adviseerden overeenkomstig in 2010: de doorsneeopbouw dient volgens hen te worden vervangen door een actuariel faire pensioenopbouw per leeftijdscohort.²⁵⁴

De uitwerking van een stelsel met doorsneepremie en degressieve opbouw kan men ik als volgt worden vormgegeven. Deelnemers worden op grond van hun leeftijd ingedeeld in een leeftijdscohort. Ieder leeftijdscohort krijgt een eigen doorsneepremie toegewezen. Deze doorsneepremie blijft bij een stijgende leeftijd binnen het leeftijdscohort gelijk en wordt vastgesteld als percentage van de pensioengrondslag. De belegging van de doorsneepremie zouden daarentegen een life-cycle kunnen doorlopen, die aansluit bij de risico's die per leeftijdscohort kunnen worden genomen. Een periodieke toets, die iedere vijf jaar kan plaatsvinden, of zoveel eerder als daar aanleiding toe is, dient ertoe een correctie te kunnen doorvoeren op de hoogte van de doorsneepremie per cohort, ingeval deze herziening behoeft.

4.5.6.1 Voordelen degressieve opbouw

Een degressieve opbouw resulteert in een opbouw die is gekoppeld aan de actuariële waarde van de door de individuele deelnemer ingelede doorsneepremie. Deze opbouw bevordert de mobiliteit op de arbeidsmarkt en verkleint de subsidie van jongere generaties aan oudere generaties.²⁵⁵ Immers, indien jongere generaties vroegtijdig of op middelbare leeftijd (meerdere keren) van baan en pensioenuitvoerder (of pub) wisselen, of voor zichzelf beginnen, is bij een degressieve opbouw in mindere mate sprake van verleende kruissubsidie die zij zelf niet meer zullen ontvangen. Ook het voordeel van de oudere werknemers die pas op latere leeftijd zijn gaan deelnemen aan een verplicht gestelde regeling, terwijl zij op jongere leeftijd zelf niet hebben bijgedragen aan de premie van ouderen, komt in dat verband grotendeels te vervallen.

²⁵² Zie o.a. Bovenberg & Boon 2010 (2) en Commissie Goudswaard 2010, p. 82 en de jongeren die tijdens de pitch van het pensioenlab dit jaar een degressieve opbouw hebben bepleit.

²⁵³ Commissie Goudswaard 2010, p. 5 en 78.

²⁵⁴ Bovenberg & Boon 2010 (2).

²⁵⁵ Zie ook Commissie Goudswaard 2010, p. 5, 77 en 78.

De degressieve opbouw is in hogere mate geïndividualiseerd doordat voor de opbouw wordt aangesloten bij leeftijdscohorten. De discontinuïteitsrisico's voor jongeren zullen hierdoor afnemen.²⁵⁶ De economen Bovenberg en Boon zijn van mening dat de degressieve opbouw tot grotere vermogensopbouw met meer vermogensopbrengsten zal leiden.²⁵⁷

Met een degressieve opbouw kan (ten dele) tegemoet worden gekomen aan de problematiek bij de laagste inkomensklassen en lager opgeleiden, die meer zichtbaar zal worden door het stijgen van de pensioenleeftijd.²⁵⁸ Het inkomen van individuen houdt veelal verband met de genoten opleiding. Degenen in de laagste inkomensklassen starten gemiddeld vaker op jonge leeftijd met werken dan hoger opgeleiden en zij leven doorgaans korter dan hoger opgeleiden. De premie van de lager opgeleiden, die gemiddeld vanaf jongere leeftijd wordt voldaan dan bij hoger opgeleiden, zal langer kunnen renderen tot de pensioendatum dan de premie van degenen in de hoogste inkomensklassen die gemiddeld later beginnen met werken.²⁵⁹ De doorsneesystematiek benadeelt in die zin werknemers die vroeg beginnen met werken en vroeg ophouden met werken.

Bij een degressieve-opbouw zal de waarde die wordt toegekend aan de afgedragen premie voor veel lager opgeleiden stijgen. Dat is met name van belang indien sprake is van een sector met een wezenlijk percentage oude, hoogopgeleide deelnemers. Bij een stijgende arbeidsparticipatie van ouderen, zal de premie doorgaans hoger worden en kunnen de buffers slinken. Die laatste ontwikkeling zal veelal ten koste gaan van de toekenning van toeslag. Wat niet wijzigt bij een degressieve opbouw is dat de lager opgeleiden gedurende een langer tijdsbestek dan de hoger opgeleiden premie zullen blijven afdragen en dat de actieve deelnemers het langlevensrisico blijven dragen.

De uitwerking van de degressieve opbouw zou gezien het voorgaande, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, beter kunnen aansluiten bij de omstandigheden op de arbeidsmarkt. Ook zou een degressieve opbouw kunnen bijdragen aan een evenwichtige belangenvertegenwoordiging in specifieke bedrijfstakken of beroepsgroepen. Indien een degressieve opbouw mogelijk zal worden gemaakt bij wet, dient het aan sociale partners en beroepspensioenverenigingen te blijven om te bepalen of een degressieve opbouw moet worden verkozen boven een doorsnee-opbouw, met het oog op de belangen van de achterban. Het bestuur van een bedrijfstakpensioenfonds zal onder meer bij zijn beleggingen rekening moeten houden met het deelnemersbestand.

Ten overvloede merk ik op dat, in geval beleggingen per leeftijdscohort worden gezien, dit op zichzelf geen consequenties heeft voor het deelnemersbestand; het totale rendement van het fonds zal door de introductie van een degressieve opbouw derhalve niet veranderen. Volledigheidshalve wijs ik erop geen voorstander te zijn van het ontkoppelen van de rendementen van oudere en jongere generaties bij de financiering van de pensioenopbouw, aangezien dit in feite zou neerkomen op een ont koppeling van risico's. Dat is onwenselijk met het oog op de collectiviteitsgedachte en solidariteitsgedachte, die ten grondslag liggen aan de Verplichtstelling. Een koppeling van behaalde rendementen aan verschillende generaties – en derhalve een ont koppeling van de rendementen van alle deelnemers – zou er voorts in kunnen resulteren dat het rendement op de beleggingen voor ouderen procentueel vele malen hoger uitkomt dan dat van jongeren. De reden hiervoor is dat de aandelenkoersen (momenteel) sterk zijn gedaald en de waarde van obligaties in zijn algemeenheid is gestegen.

²⁵⁶ Zie Bovenberg & Boon 2010 (2), p. 24. Bovenberg en Boon voeren onder meer als voordelen van een doorsnee-opbouw aan dat de discontinuïteitsrisico's zullen verminderen bij een degressieve opbouw en dat de mogelijkheden voor intergenerationale risicodeling zullen worden versterkt.

²⁵⁷ Bovenberg & Boon 2010, p. 34.

²⁵⁸ Zie ook Boon & Bovenberg 2010, p. 30.

²⁵⁹ Zie ook Boon & Bovenberg 2010, p. 33-34.

Tenslotte merk ik op dat deelnemers met een uitkeringsovereenkomst, zowel bij de doorsnee-opbouw als bij de degressieve opbouw, naar dezelfde toegezegde uitkering zullen blijven toe bouwen. Bij een degressieve opbouw zal echter de waarde van de opbouw per leeftijdscategorie verschillen ten opzichte van die bij een doorsnee-opbouw. De degressieve opbouw zal naar verwachting de huidige en toekomstige jongere generaties (en de lagere inkomensklassen) gemiddeld een hogere pensioenopbouw bieden, die beter zal kunnen aansluiten bij de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt.

Ook de lagere inkomensklassen zullen met name op jongere leeftijd meer baat kunnen hebben bij een degressieve opbouw, daar een kleiner deel van de premie zal worden toegekend aan de pensioenopbouw van de hoger opgeleiden.

4.5.6.2 Nadelen degressieve opbouw

Een punt van kritiek op de degressieve opbouw is dat deze arbeidsparticipatie op hogere leeftijd financieel onaantrekkelijk maakt vanwege de afname van kruissubsidies aan ouderen. De afname van deze prikkels staat haaks op het regeringsbeleid en het beleid binnen de EU dat is gericht op langer doorwerken. Doordat de AOW-leeftijd is opgehoogd, het reële contract de pensioenleeftijd laat mee-ademen met de levensverwachting en vervroegd uittreden fiscaal onaantrekkelijk is gemaakt, verwacht ik echter niet dat vervroegd uittreden door de introductie van een degressieve opbouw sterk zal (kunnen) toenemen in de huidige arbeidsmarkt. Uit onderzoek van het CPB is gebleken dat laag opgeleide ouderen met lage salarissen door de fiscale begrenzingen doorgaans niet in staat zullen zijn vervroegd uit te treden en dat oudere werknemers, die goede educatie hebben genoten, een intellectueel uitdagende baan hebben en hogere salarissen genieten, het veelal prettig vinden tot op hogere leeftijd aan de slag te blijven.²⁶⁰

Indien het aantal oudere werknemers binnen een bedrijfstak daalt, nemen naar verwachting per saldo de totale premielasten af. Indien werkgevers zich dit realiseren, zou dit ertoe kunnen leiden dat werkgevers bij een degressieve opbouw actief proberen minder oudere werknemers in dienst te nemen, alhoewel selectie op basis van leeftijd in beginsel niet is toegestaan op grond van de wet. Mocht het aantal ouderen binnen een bedrijfstak ongewijzigd blijven, dan wijzigt de hoogte van de doorsneepremie niet.

De vraag of oudere generaties per definitie worden benadeeld indien bij hen op latere leeftijd nog een degressieve opbouw wordt geïntroduceerd, moet ontkennend worden beantwoord en zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Voor degenen die oud zijn geworden in een DB-pensioenregeling met doorsneesystematiek, zal de wijziging van een doorsneepremie met doorsnee-opbouw in een doorsneepremie met degressieve opbouw in beginsel niet uitmaken voor de hoogte van het op te bouwen pensioen, mits de belofte dat een pensioenuitkering met een bepaalde hoogte zal worden uitgekeerd op de pensioendatum wordt nagekomen. Het is immers de werkgever die bij een uitkeringsovereenkomst het ‘tekort’ voldoet. Dat kan bezwaarlijk uitpakken voor werkgevers, tenzij kan worden aangetoond dat er voldoende zwaarwegende belangen aanwezig zijn om ook de hoogte van de toegezegde uitkering te kunnen bijstellen aan de nieuwe opbouw-systematiek. De onwenselijkheid van een dergelijke bijstelling laat zich raden, met name voor ouderen. Oudere generaties zullen niet altijd in staat zijn voldoende aanvullende maatregelen te treffen, ter voorkoming van een inkomensval op de pensioendatum. Afspraken door sociale partners over overgangsregelingen liggen derhalve voor de hand. Het treffen van goede overgangsregelingen zal naar verwachting niet per definitie eenvoudig zijn, gelet op de invloed die een wijziging van de doorsnee-opbouw in een degressieve opbouw voor verschillende groepen deelnemers zal hebben.

²⁶⁰ Zie CPB 2009, p. 61.

Het uitwerken van een goede overgangsregeling zal per pensioenregeling verschillen en nadere uitwerking behoeven. Onderstaand wordt beantwoord of wetswijzigingen nodig zijn om een degressieve opbouw, in combinatie met een doorsneepremie, te faciliteren.

4.5.6.3 Degressieve opbouw mogelijk bij wet?

De Wet Bpf 2000 en WVB schrijven niet voor dat doorsneeopbouw vereist is of dat degressieve opbouw verboden is. Het is dan ook niet nodig om de degressieve opbouw bij wet te introduceren. Lutjens wijst op twee civielrechtelijke juridische obstakels bij de introductie van een degressieve premie: de wettelijk verplichte tijdsevenredige opbouw en financiering van pensioen en het verbod van leeftijdsdiscriminatie.²⁶¹ Ook zijn er fiscale beperkingen in de wetgeving neergelegd, die ik hier verder niet behandel.

4.5.6.3.1 Aanpassing van de eis van tijdsevenredige opbouw

De eis van tijdsevenredige opbouw geldt bij wet voor DB-pensioenregelingen (zie art. 17 PW). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ‘evenredig’ een gelijk opbouwpercentage per deelnemingsjaar betekent.²⁶² Een hoger tijdsevenredig percentage is slechts toegestaan, mits dat percentage tijdens de gehele deelnemingsperiode wordt toegepast.²⁶³ Het is vereist dat de opbouw bij een pensioenregeling is geënt op een vast percentage. Uit de eis van tijdsevenredige opbouw vloeit de verplichting tot evenredige financiering voort (zie art. 127 en 128 PW).

Met de eis van tijdsevenredige opbouw wordt veiliggesteld dat de duur van het deelnemerschap en de hoogte van de tijdens het deelnemerschap opgebouwde pensioenaanspraken in verhouding staan tot de totaal te bereiken duur en hoogte van de pensioenaanspraken.²⁶⁴ Lutjens merkte in dat verband al eerder op dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat voorfinanciering onder voorwaarden mogelijk is, maar dat een fluctuerend opbouwpercentage als systeem is verboden.²⁶⁵ Een lineaire degressieve opbouw, die gekoppeld is aan leeftijdscohorten, is kortom meen ik niet in overeenstemming met de wettelijke eis van tijdsevenredige opbouw. Deze eis kan niet worden omzeild door de keuze voor een ander type pensioenuitvoerder.

Uit het voorgaande volgt, dat artikel 17 PW zal moeten worden aangepast om een lineaire degressieve opbouw binnen het doorsneesysteem mogelijk te maken. Zoals bovenstaand uiteengezet meen ik dat er voor de wetswijziging goede redenen zijn. De wijziging is niet strijdig met de achterliggende gedachte van artikel 17 PW. De duur van het deelnemerschap en de hoogte van de tijdens het deelnemerschap opgebouwde pensioenaanspraken blijven bij een degressieve opbouw immers in verhouding staan tot de totaal te bereiken duur en hoogte van de pensioenaanspraken, alhoewel de opbouw van de aanspraken anders wordt ingevuld dan bij een doorsnee-opbouw. Een aangepaste invulling van de pensioenopbouw zal over het algemeen beter aansluiten bij de demografische ontwikkelingen op de arbeidsmarkt.

De vergrijzing, verhoogde arbeidsparticipatie door ouderen, toegenomen mobiliteit van jongeren en middelbare generaties op de arbeidsmarkt (nationaal en internationaal) en een toename van werknemers die op middelbare leeftijd de baan opzeggen vanwege het ondernemerschap zijn voorbeelden van ontwikkelingen, die mijns inziens een andere kijk op de (vormgeving van de) pensioenopbouw vergen.

²⁶¹ Zie Lutjens 2007 (1). Zie ook Heemskerk 2005, p. 52.

²⁶² *Kamerstukken I* 1999/00, 26 415, nr. 63b, p. 3.

²⁶³ *Kamerstukken I* 1999/00, 26 415, nr. 63b, p. 3.

²⁶⁴ Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 415, nr. 63b, p. 3.

²⁶⁵ Zie Lutjens 2007 (1), p. 4.

Ook op bedrijfstakniveau of op het niveau van een beroepsgroep kan sprake zijn van trends die een aanpassing van de wettelijke eis van tijdsevenredige opbouw (art. 17 PW) rechtvaardigen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een relatief groot percentage jongeren dat, al dan niet via een uitzendbureau, bijbanen heeft in de horeca, maar na het afronden van de studie niet werkzaam zal blijven in die branche.

Een positief neveneffect van de introductie van de degressieve opbouw is, zo verwacht ik, dat het vertrouwen in het aanvullende pensioenstelsel bij jongere generaties en generaties van middelbare leeftijd zal toenemen. Doordat de arbeidsmarkt in vele opzichten is gewijzigd na de totstandkoming van de (voorloper van de) Wet Bpf 2000, sluit de invulling van het aanvullende pensioenstelsel niet altijd meer goed aan bij de ontwikkelingen in en behoeften van de arbeidsmarkt. De degressieve opbouw zal naar verwachting in een wezenlijk aantal bedrijfstakken beter aansluiten bij de gewijzigde arbeidspatronen, die onder meer worden gekenmerkt door een verhoogde mobiliteit van werknemers binnen en tussen bedrijfstakken in Nederland, maar ook in het buitenland. Ingeval het vertrouwen van deelnemers in de goede werking van het aanvullende pensioenstelsel zal toenemen, kan de solidariteitsgedachte ook aan kracht winnen. Deze solidariteitsgedachte is mede onder druk komen te staan doordat jongeren steeds vaker kritiek uitten op de systematiek dat zij (sterk) bijdragen aan pensioenen van ouderen, zonder daarvoor later zelf – met zekerheid – in aanmerking te kunnen komen.²⁶⁶ In paragraaf 5.2.7.1 beantwoord ik de vraag of een doorsneepremie, in combinatie met een degressieve opbouw, naar verwachting de mededingingsrechtelijke toets van het HvJEU zal kunnen doorstaan, met enige terughoudendheid positief.

4.5.6.3.2 Het verbod van leeftijdsonderscheid

Het tweede juridische obstakel bij de introductie van de degressieve pensioenopbouw (en overigens ook bij de progressieve pensioenopbouw) is, dat deze voor ongelijke pensioenverwerving van jongeren en ouderen zorgt. Bij een degressieve opbouw wordt onderscheid naar leeftijd gemaakt. Dit is, zoals besproken, op grond van de huidige wetgeving in strijd met de wettelijke eis van evenredige pensioenverwerving. Ingeval artikel 17 Pensioenwet zo wordt aangepast dat een lineaire degressieve pensioenopbouw mogelijk wordt, die is gekoppeld aan leeftijdscohorten, luidt de vervolgvraag: kan dit onderscheid naar leeftijd worden geschaard onder één van de specifieke pensioenrechtvaardigingsgronden in artikel 8 WGBLA of bestaat er een objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid (art. 7 lid 1 sub c WGBLA)?

De WGBLA verbiedt in artikel 3 het maken van leeftijdsonderscheid in arbeidsverhoudingen van civielrechtelijke werknemers en ambtenaren. De WGBLA sluit voor het begrip arbeidsvoorwaarden aan bij de jurisprudentie van het HvJEU inzake de gelijke beloning van mannen en vrouwen.²⁶⁷ De beloning is op grond van artikel 141 van het VWEU: “het gewone basis- of minimumloon of –salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt”.

²⁶⁶ Zie Heemskerk 2005, p. 63, onder verwijzing naar Boender 2001, p. 9, over het voorbeeld dat commotie onder jongeren ontstond doordat zij in gevallen hoge premies voldeden voor overgangsregelingen voor 55-plussers waaraan zij zelf later niet meer konden deelnemen.

²⁶⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3 (MvT), p. 21.

Alle vormen van bedrijfspensioenen vormen ingevolge het HvJEU een element van het beloningsbegrip,²⁶⁸ evenals de bijdragen van werknemers aan een pensioenregeling.²⁶⁹ De werknemersbijdrage behoort immers tot het brutoloon. Kortom, bij de arbeidsvoorwaarde pensioen mag geen leeftijdsonderscheid worden gemaakt.²⁷⁰

De vraag is vervolgens of naast de pensioenpremie, de pensioenopbouw ook onder het beloningsbegrip valt. Ik meen dat de pensioenopbouw tot de indirecte voordelen behoort, nu de feitelijke waarde van de doorsneepremie wordt bepaald door de waarde die aan de pensioenopbouw wordt toegekend. Voor actuariële berekeningen die ten grondslag liggen aan berekeningen van pensioenpremies (en koopsommen voor de financiering van pensioenen) mag gebruik worden gemaakt van onderscheid naar leeftijd (art. 8 lid 3 WGBLA). Nederland heeft in artikel 8 lid 3 WGBLA gebruik gemaakt van de mogelijkheid die artikel 6 lid 2 van Richtlijn 2000/78²⁷¹ biedt. De uitzondering in lid 3 wordt gemaakt omdat bij de berekening van pensioenpremies (en koopsommen die nodig zijn om pensioenen te financieren) gebruik wordt gemaakt van grondslagen van de actuariële techniek.²⁷² De leeftijdscomponent vormt voor die berekening een belangrijke grondslag, aangezien de levens- en sterftekansen en de gemiddelde levensduur van invloed zijn op de kosten van een pensioenvoorziening. Dit pleit meen ik in ieder geval voor de juridische toelaatbaarheid van een degressieve premie – niet per definitie voor de wenselijkheid –. Op de degressieve opbouw kom ik zo terug.

Ik meen, net als Lutjens, dat kan worden betoogd dat een degressieve premie, die onderdeel uitmaakt van een DB-pensioenregeling, onder de uitzonderingsgrond van artikel 8 lid 3 WGBLA valt. Dat standpunt kan ten dele worden onderbouwd door te verwijzen naar overwegingen van de Minister in de Eerste Kamer in een debat over de beschikbare premie die tevens zouden kunnen gelden voor DB-regelingen. De Minister overwoog dat een beschikbare premie die leeftijd cohortsgewijs toeneemt is toegestaan, mits het verschil in premie is terug te voeren op actuariële berekeningen:

“Een beschikbare premie die voor iedereen gelijk is, ongeacht leeftijd, is toegestaan. De arbeidsvoorwaarde is immers de toegezegde premie en die is voor alle leeftijdscategorieën gelijk.” “Een gelijke premie, ongeacht leeftijd, heeft echter als consequentie dat er verschillen in pensioenaanspraken kunnen ontstaan, die voortvloeien uit de actuariële berekeningen: met het toenemen van de leeftijd zal voor de beschikbare premie minder pensioen kunnen worden ingekocht. Als de beschikbare premie bij het toenemen van de leeftijd cohortsgewijs toeneemt (afhankelijk is van de leeftijd derhalve) is dat op grond van artikel 8, derde lid van dit wetsvoorstel uitsluitend toegestaan als het verschil in premie is terug te voeren op actuariële berekeningen. Dat wil zeggen dat verschil in premie is toegestaan indien daarmee voor alle leeftijdscategorieën eenzelfde pensioen wordt bereikt. Indien het verschil in premie niet is terug te voeren op dergelijke actuariële berekeningen valt een dergelijke beschikbare premieregeling niet onder de uitzondering van artikel 8, derde lid”.²⁷³

²⁶⁸ Zie HvJEU, 17 mei 1990, C-262/88, Jurispr. 1990, p. I-1889 (‘Barber’).

²⁶⁹ Richtlijn 2006/54/EG vermeldt in de considerans onder punt 15 dat het HvJEU heeft bevestigd dat de bijdragen van mannelijke en vrouwelijke werknemers aan een pensioenregeling met vaststaande uitkeringsniveaus onder artikel 141 van het VWEU vallen.

²⁷⁰ HvJEU 11 maart 1981, C-69/80, Jurispr. 1981, p. 767, (‘Worringham’), r.o. 15. Zie ook Hoge Raad, 22 januari 1971, NJ 1971, 179 en NJ 1978, 149.

²⁷¹ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB EU nr. 303 van 02/12/2000, p. 0016-0022).

²⁷² Kamerstukken II 2003/04, 28 170, nr. C, p. 3.

²⁷³ Kamerstukken II 2003/04, 28 170, nr. C. P. 3. Zie ook

De individuele werknemerspremie valt, in tegenstelling tot de totale doorsneepremie, ingevolge het CRVM niet onder de uitzondering van artikel 8 lid 3 WGBLA.²⁷⁴

De parlementaire geschiedenis laat zich niet uit over de verenigbaarheid van de degressieve opbouw met gelijke behandelingswetgeving. Naast het feit dat dit thans bij wet verboden is, moet worden bedacht dat het bij de opbouw niet om de financiering van de premie gaat, maar om de *waarde* die per leeftijdscohort aan de premie wordt toegekend. De vraag is dan of dit leeftijdsonderscheid bij de opbouw, na aanpassing van de wettelijke eis van tijdsevenredige financiering, onder de uitzonderingsgrond van artikel 8 lid 3 WGBLA valt te brengen. Ik meen dat daar veel voor te zeggen valt. Een beschikbare premie die cohortsgewijs stijgt bij het toenemen van de leeftijd is toegelaten indien een ieder uiteindelijk hetzelfde pensioen kan bereiken en het onderscheid is terug te voeren op actuariële berekeningen.²⁷⁵ Het voorgaande geldt meen ik ook voor een degressieve pensioenopbouw bij DB-regelingen die is gekoppeld aan leeftijd en (uiteindelijk) voor een ieder tot dezelfde opbouw kan leiden. De leeftijdscomponent is in die zin zowel van invloed op de kosten van de premie, als op de waarde van de opbouw.

4.5.7 Voldoende objectieve rechtvaardiging op grond van artikel 7 WGBL?

In paragraaf 5.2.7.3.2 is besproken dat een degressieve premie naar verwachting onder de uitzonderingsgrond van artikel 8 lid 3 WGBLA valt. De vraag die in deze paragraaf wordt behandeld is, of een doorsneepremie in combinatie met een degressieve opbouw het uitsluitende recht van de betrokken fondsen voldoende objectief rechtvaardigt op grond van artikel 7 WGBLA wanneer geen gebruik kan worden gemaakt van de uitzonderingsgrond in artikel 8 lid 3 WGBLA. Dezelfde vraag beantwoord ik eveneens voor een premieregeling.

Door een doorsneepremie in combinatie met een degressieve opbouw toe te passen, neemt de solidariteit binnen de pensioenregeling af: de deelnemer krijgt immers een aan de eigen premiebetaling gekoppelde actuariële opbouw van aanspraken.²⁷⁶ Deze mate van solidariteit sluit, zoals besproken, voor specifieke bedrijfstakken en beroepsgroepen mogelijk beter aan bij de huidige tijdgeest. Tijdens de inwerkingtreding van de Wet Bpf en WVB, was bijvoorbeeld in mindere mate sprake van vergrijzing en ouderen werkten minder lang door. Jongeren die deelnamen aan eindloonregelingen kregen nog een impliciete subsidie voor de deelname aan de doorsneesystematiek. De mate van intergenerationele solidariteit is echter door de tijden heen toegenomen en zet – al dan niet terecht – druk op het systeem van de Verplichtstelling. Jongeren menen veelal dat van hen (te) veel solidariteit wordt gevraagd, nu het twijfelachtig is of zij zelf een dergelijke mate van solidariteit zullen ontvangen op hogere leeftijd.

Het terugbrengen van de mate van intergenerationele solidariteit tussen jongere generaties en oudere generaties, die evenwichtigere effecten heeft voor de verschillende leeftijdsgeneraties, hoeft geenszins tot het oordeel te leiden dat sprake is van strijdigheid met de geest van de Wet Bpf 2000 en WVB. De ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en de demografische veranderingen zouden kunnen worden gezien als een rechtvaardiging voor een aanpassing van de mate van solidariteit binnen de systematiek van de Verplichtstelling. Daar staat tegenover dat de Verplichtstelling de mededinging geoorloofd beperkt volgens het HvJEU, omdat deze onder meer sociale doelstellingen van de Nederlandse regering dient. De Verplichtstelling kan alleen

²⁷⁴ Zie CRVM, 10 september 2009, oordeel 2009-89, r.o. 3.9 t/m 3.11. Werkgevers en werknemers mogen onderling de hoogte van de werknemersbijdrage afspreken. Indien wordt afgesproken dat beiden 50% van de premie voldoen, wordt de hoogte van de werknemersbijdrage en werkgeversbijdrage niet bepaald door actuariële berekeningen waarbij met leeftijd rekening is gehouden. Het enige verband is dat de totale premie is bepaald door actuariële berekeningen. Ingevolge het CRVM blijkt niet uit de WGBLA of de parlementaire geschiedenis dat de wetgever een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage heeft willen brengen onder de uitzondering van artikel 8 lid 3 WGBLA. Zie ook CGB, 17 mei 2004, oordeel 2004-51, r.o. 4.3 en 4.4.

²⁷⁵ Zie ook CRVM, 10 september 2009, oordeel 2009-89.

²⁷⁶ Zie Lutjens 2007 (1).

worden behouden als er voldoende solidariteit binnen het systeem van de Verplichtstelling blijft bestaan. Onderstaand toets ik of het HvJEU naar verwachting voldoende rechtvaardigingsgrond zal blijven zien voor een inbreuk op het mededingingsrecht door de Verplichtstelling, indien een degressieve opbouw mogelijk wordt gemaakt.

In paragraaf 3.3.3.1.3 is behandeld op welke wijze het HvJEU beoordeelt of sprake is van een rechtvaardiging voor het uitsluitende recht van de verplicht gestelde fondsen om in een bedrijfstak (of beroepsgroep) pensioen te mogen uitvoeren ex artikel 106 lid 2 jo artikel 102 VWEU. Ik vat deze rechtspraak hier, voor zover relevant, kort samen. Het HvJEU stelt vast of sprake is van een *onderneming* die een economische activiteit uitvoert voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels. Getoetst wordt: of sprake is van een sociaal doel achter de regeling, of wordt voldaan aan het solidariteitsbeginsel en of sprake is van staatstoezicht. Op het laatste onderdeel 'sneuvelden' de fondsen in de arresten Brentjens c.s. en Pavlov: geoordeeld werd dat de fondsen en beroepsgenoten ondernemingen zijn. De elementen die maakten dat werd voldaan aan het solidariteitsbeginsel, konden ingevolge het Hof slechts het uitsluitend recht van de fondsen *mede* helpen rechtvaardigen.

De horde die dan moet worden genomen is de volgende. Het HvJEU oordeelde dat de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen die een verplicht gestelde regeling uitvoeren, een monopoliepositie hebben. Hier dient een rechtvaardiging voor te bestaan. Het sociale doel, dat samenhangt met de machtspositie, is de geringe hoogte van het staatspensioen, die de noodzaak van een aanvullende verplichte pensioen rechtvaardigt. Ik meen dat dit sociale doel nog steeds bestaat, ongeacht de keuze voor een degressieve opbouw of premieregeling.

De mate van solidariteit is zoals gezegd mede van belang voor de beoordeling van de algemeenbelangexceptie inzake de bijzondere sociale taakopdracht aan verplicht gestelde fondsen ex artikel 106 lid 2 jo artikel 102 VWEU. Deze taakopdracht heeft concurrentiebeperking ten gevolge, aangezien de pensioenuitvoerders die niet zijn 'belast' met een Verplichtstelling niet kunnen concurreren met de pensioenuitvoerder die het uitsluitende recht beheert. Een hoge mate van solidariteit binnen de pensioenregeling bleek ingevolge het HvJEU in de arresten Brentjens c.s. mede uit: de ontkoppeling van de hoogte van de premie en de gedekte risico's, de verplichting om werknemers te accepteren zonder ze medisch te keuren, de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het Pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van waardevastheid. Het Kattner Stahlbau arrest en het AG2R arrest nuanceerden dat op grond van de in die arresten voorliggende casuïstiek, reeds was voldaan aan het solidariteitsbeginsel indien:

1. de financiering van het stelsel geschiedt door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico.
2. de waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van de verzekerde.

Voor de doorsneepremie met een degressieve opbouw geldt net als bij een doorsneepremie met doorsnee-opbouw, dat de bijdragen niet stelselmatig evenredig zijn aan het verzekerde risico. De risico's van (de deelnemersbestanden van) de individuele aangesloten ondernemingen worden immers over de gehele bedrijfstak gespreid door het gebruik van een doorsneepremie. Deze vorm van nivellering vindt met name plaats door het werkgeversdeel van de premie indien wordt gerekend met een percentage van de pensioengrondslag van de werknemers. De degressieve opbouw is onderdeel van de doorsneesystematiek en zal geen strijd opleveren met het eerste vereiste. Dat vereiste betreft immers slechts de financiering van het stelsel. Voor premieregelingen geldt, in mindere mate dan bij een doorsneepremie, dat eveneens sprake is van kruissubsidies, waardoor het tarief van de bijdragen niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico. Deze mate van solidariteit is echter beperkter dan op grond van de doorsneesystematiek.

Het tweede vereiste luidt, dat de waarde van de prestatie niet alleen afhangt van het verzekerde risico, maar ook van het loon van de verzekerden, eventueel binnen de daaraan gestelde minimum en maximumbedragen. De waarde van een degressieve opbouw is gekoppeld aan de leeftijd van een deelnemer en niet aan zijn loon. Een degressieve opbouw voldoet derhalve, net als een premieregeling, ook aan het tweede benodigde solidariteitselement: een goedverdienende jonge deelnemer kan immers meer pensioen opbouwen dan een oudere werknemer. Bovendien is de waarde van een prestatie, die degressief wordt berekend, gekoppeld aan een doorsneepremie waarin risico's zijn genivelleerd. Voorts volgt uit de rechtspraak van het HvJEU dat de inhoud van pensioenregelingen voor het voldoen aan dit solidariteitselement van belang is. De toezegging van een recht op premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid, een (voorwaardelijk) recht op indexatie, een nabestaandenpensioen op risicobasis en een acceptatieplicht zonder medische keuring, dragen ingevolge het Hof in de arresten *Brentjens c.s.* bij aan de solidariteit. Dat geldt ook voor het in stand houden van (specifieke vormen van) dekking na afloop van de arbeidsovereenkomst, evenals de mogelijkheid om met terugwerkende kracht werknemers te kunnen aansluiten. Hiervan kan sprake zijn bij het hanteren van een wachttijd of drempelperiode (art. 14 lid 2 PW).

Het laatste vereiste waaraan moet worden voldaan om gebruik te kunnen maken van de exceptie in artikel 106 lid 2 jo artikel 102 VWEU, is het noodzakelijkheidsvereiste. Hieraan wordt naar mijn mening voldaan bij een doorsneepremie, met degressieve opbouw. Zonder Verplichtstelling zullen de 'goede' risico's immers op den duur uittreden en kunnen de 'slechte' risico's de premies niet meer opbrengen. Voor een goede werking van de Verplichtstelling is het voorts nodig dat deze kan worden gehandhaafd. Of de effecten van de Verplichtstelling ook met minder ingrijpende middelen kan worden behaald, wordt besproken in paragraaf 5.2.

4.5.8 Overgangsregelingen en gelijke behandeling

Indien een degressieve opbouw bij wet zal worden mogelijk gemaakt, zullen sociale partners en beroepspensioenverenigingen naar verwachting overgangsregelingen overeenkomen. Wanneer de pensioenopbouw van oudere werknemers van de ene op de andere dag zou dalen ten faveure van de jongere werknemers, zou dat immers een wezenlijk negatief effect hebben op de hoogte van de pensioenen van de oudere werknemers. Die daling zal door oudere werknemers niet zijn verwacht en ook zullen voor hen de mogelijkheden beperkt zijn om de pensioenopbouw nog aan te vullen voorafgaand aan de pensioendatum. Het bieden van compensatie of een tijdelijke overgangstermijn in overgangsregelingen kan dan in de rede liggen.

Het is niet eenvoudig om een goede overgangsregeling in het leven te roepen. Het hanteren van een leeftijdsgrens in overgangsregelingen kan ongeoorloofd onderscheid naar leeftijd ten gevolge hebben. Sinds de inwerkingtreding van de WGBLA op 1 mei 2004 is onderscheid op grond van leeftijd in Nederland verboden bij wet.²⁷⁷ Er kan ingevolge het CRVM²⁷⁸ pas sprake zijn van onderscheid indien sprake is van gelijke gevallen en er een nadeel is ontstaan voor de belanghebbende.²⁷⁹ Onderscheid in een overgangsregeling betreffende pensioen dient objectief

²⁷⁷ In overeenstemming met Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, richt het verbod van onderscheid op grond van leeftijd zich niet alleen tot de werkgever. Het verbod richt zich tot een ieder op de in de artikel 3 WGBL genoemde terreinen. Zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 19 en CRVM, 16 juni 2011, oordeel 2011-91, r.o. 3.4.

²⁷⁸ Op 2 oktober is het CGB opgegaan in het College voor de Rechten van de Mens ("CRVM") (*Stb.* 2012/414).

²⁷⁹ Zie bijvoorbeeld CRVM, 7 december 2011, oordeel 2011-184 ('Stichting Pensioenfonds Metalektro'). Er werd onderscheid gemaakt tussen werknemers die zich in gelijke positie bevonden, door twee verschillende pensioenregelingen te hanteren, afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer. Het onderscheid was gerechtvaardigd, omdat het uiteindelijke pensioenresultaat onder beide regelingen nagenoeg gelijk was. Zie ook CRVM, 27 augustus 2010, oordeel 2010-129, waarin de Commissie oordeelde dat de compenserende

gerechtvaardigd te worden.²⁸⁰ In de eerste plaats zal een legitiem doel aanwezig moeten zijn voor het gemaakte onderscheid. Voorts dienen het doel en de ingezette middelen (de overgangsregeling) passend en noodzakelijk te zijn voor het bereiken van het doel (art. 7 lid 1, sub c WGBLA). Degene die mogelijk verboden onderscheid naar leeftijd in het leven roept, dient feiten aan te voeren ter rechtvaardiging van het onderscheid. Bekende voorbeelden van overgangsregelingen die zien op pensioen zijn de overgangsregelingen geweest waarin (i) de VUT werd afgeschaft en prepensioen werd aangeboden, (ii) overgangsmaatregelen zijn neergelegd naar aanleiding van de VPL-wetgeving²⁸¹, (iii), over is gestapt van eindloon naar (geïndexeerd) middelbaar en van (geïndexeerd) middelbaar naar DC en CDC-regelingen. aanwezig.

4.6 De (eindige) kracht van informatievoorziening

De hoogte van de aanvullende pensioenen wordt in de toekomst naar verwachting soberder dan dat het nu is. Een reden hiervoor is de vergrijzing die leidt tot het stijgen van de pensioenpremies. Inzicht in de hoogte van het totale te verwachten pensioen per individu is daardoor meer dan ooit van belang. Dat geldt ook voor inzichten uit de gedragseconomie die kunnen bijdragen aan het (op positieve wijze) kunnen sturen van gedrag. Op het moment dat duidelijk is dat de pensioenverwachting van een individu niet zal uitkomen en actie op individueel niveau geboden is, is kennis over de wijze waarop gedrag bij financiële producten kan worden beïnvloed van groot belang. Over het algemeen geldt des te eerder actie wordt ondernomen, des te eenvoudiger om het doel – de hoogte van het totale inkomen op de pensioendatum – te verwezenlijken. Meer inzicht en grip op de eigen financiële situatie, zal naar verwachting een positieve invloed hebben op het pensioenbegrip en het vertrouwen in het aanvullende pensioenstelsel. Het is nodig om individuen verantwoordelijker te maken voor het eigen pensioen middels het verschaffen van inzicht. Voorts geldt dat een goede informatievoorziening over (de doelen van) solidariteit binnen aanvullende pensioenen, kan bijdragen aan een beter begrip van de werking van de verplichtstelling en het optimaal (blijven) benutten van deze solidariteit.

maatregelen voor 55-minners die waren getroffen voor het vervallen van prepensioen niet zodanig groot waren, dat de werkgever, het pensioenfonds en de vakbonden in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving hadden gehandeld ten opzichte van de 55-plussers. Ook was niet gebleken dat er alternatieven waren geweest voor de getroffen maatregel. In CRVM, 16 maart 2012, oordeel 2012-51 ('DHL Supply Chain Netherlands') werd daarentegen door het CRVM verboden leeftijdsonderscheid bij de arbeidsvoorwaarde pensioen aanwezig geacht door het CRVM. Bij het treffen van twee compensatieregelingen werd met leeftijd en anciënniteit van werknemers rekening gehouden. Het doel van de werkgever was rekening te houden met de kwetsbare positie van oudere werknemers. Het middel, het treffen van twee verschillende compensatieregelingen voor het voorwaardelijke (pre)pensioenrecht, was echter naar het oordeel van de Commissie echter niet noodzakelijk om het doel te bereiken. Het doel kon volgens de CRVM ook worden bereikt door zowel aan de oudere werknemers als aan de jongere werknemers de contante waarde van het voorwaardelijke (pre)pensioenrecht uit te keren. Er was kortom geen objectieve rechtvaardiging voor het door DHL gemaakte leeftijdsonderscheid. De werkgever had overigens overleg gepleegd met FNV over de overgangsregelingen en goedkeuring verkregen van de ondernemingsraad.

²⁸⁰ In het verleden is blijkens uitspraken van het CRVM vaak verzuimd door werkgevers of sociale partners om een objectieve rechtvaardiging aan te voeren voor onderscheid op grond van leeftijd in pensioenregelingen. Zie bijvoorbeeld CRVM, 1 augustus 2003, oordeel 2003-106, r.o. 5.1.8 en CRVM, 17 juni 2005, oordeel 2005-106, r.o. 6.1.2.

²⁸¹ Zie de uitspraak van het CRVM, 8 november 2005, oordeel 2005-219, over het leeftijdsonderscheid in de VPL-overgangsregeling van PGGM.

4.6.1 Effecten informatievoorziening op individuele pensioenkeuzes

In de afgelopen jaren is door de Nederlandse regering, de AFM en door andere pensioeninstanties veel energie gestoken in het verschaffen van eenvoudige, toegankelijke en transparante communicatie over pensioenen.²⁸² In de Pensioenwet werden vanaf 2007 aanvullende informatieverplichtingen opgenomen. Voorts zijn er initiatieven geweest, zoals de Pensioen kijker, om het pensioenbewustzijn te vergroten onder burgers en het vertrouwen in het pensioenstelsel te verhogen. Op de website 'mijnpensioen.nl' kan men sinds kort inzicht verkrijgen in de hoogte van het totale pensioen dat (bij verschillende werkgevers) is opgebouwd of is te verwachten op de pensioendatum. Dat is een grote vooruitgang ten opzichte van het oude systeem, waarin men de verschillende pensioenoverzichten zelf naast elkaar moest leggen.

De ontwikkelingen in de pensioensector vragen meer en meer om een bedrijfsmatige benadering van de communicatie. Risicomanagement, meetbaarheid van resultaten, effectiviteit en efficiency zijn hierbij de uitgangspunten, evenals de zorg om de reputatie van het fonds als afzender van belangrijke communicatieboodschappen. Een pensioenfondsbestuur draait doorgaans niet zelf aan de communicatieknoppen, maar draagt wel verantwoordelijkheid voor het laten opstellen van een bij het fonds passend communicatiebeleid en een daarvan afgeleide adequate uitvoering ervan, inclusief duidelijke regie.²⁸³

Inzichten in het gedrag van de 'financiële consument' die afkomstig zijn uit de gedragseconomie, worden steeds meer benut om de pensioencommunicatie zo effectief mogelijk te maken.²⁸⁴ Doordat pensioen complexe materie is en er sprake is van intransparantie in de informatievoorziening, is de pensioenkennis van gemiddelde individuen niet groot. Burgers willen met name weten hoeveel pensioen zij zullen ontvangen van de pensioengerechtigde leeftijd (zie §5.1.1 over de norm).

De kracht van informatievoorziening over individuele keuzes binnen aanvullende pensioenregelingen moet niet worden overschat. Van Rooij, Kool en Prast onderzochten in 2007 pensioenvoorkeuren en het effect van de individuele keuzevrijheid op het nemen risico's in het kader van het aanvullende pensioen.²⁸⁵ In dat onderzoek komt naar voren dat risico-aversie domein afhankelijk is en het hoogst op het vlak van de aanvullende pensioenen. De overgrote meerderheid van de ondervraagde respondenten is voorstander van verplichte opname in een aanvullende pensioenregelingen en een stelsel van toegezegde uitkeringen. Men zou graag een gegarandeerd pensioeninkomen van 70% of meer van het netto-inkomen uit arbeid ontvangen vanaf de pensioendatum. Voor jongere en toekomstige generaties zal het werkelijk te realiseren percentage echter waarschijnlijk eerder tussen de 40% en 60% liggen, uitgaande van 40 dienstjaren. Risico tolerantie en financiële expertise zijn belangrijke variabele elementen bij de verklaring van pensioenkeuzes. De respondenten waren gemiddeld conservatief in hun beleggingsbeleid.

Individueel maken voorts lang niet altijd de juiste keuzes ten aanzien van pensioenvoorzieningen. Het verschaffen van (een) veelheid aan informatie en financiële scholing kan zelfs contraproductief werken blijkt uit onderzoek van Bell, Goring & Hogarth uit 2009. Dit is bevestigd in het onderzoek van Prast, Teppa en Smits.²⁸⁶ Informatievoorziening kan derhalve leiden tot kapitaalverspilling indien deze niet (op een goede wijze) stuurt op het gedrag van personen. Ook AFM-voorzitter Harman Korte bevestigde in december 2012

²⁸² Zie bijvoorbeeld AFM-rapport 2010.

²⁸³ Zie C. de Quelerij en A. Kool, 'Pensioencommunicatie na het Pensioenakkoord', *TPV* 2012/4.

²⁸⁴ Zie de speech van AFM-voorzitter Harman Korte tijdens Eye on Pensions, d.d. 14 januari, waarin het belang van inzichten uit de gedragseconomie door hem wordt onderschreven.

²⁸⁵ Van Rooij, Kool & Prast 2007, p. 701-722.

²⁸⁶ Prast, Teppa & Smits 2012, p. 3 en 4.

bovenstaand beeld. Hij gaf tijdens een lezing aan dat de gemiddelde burger, die hij ‘de Mens Max’ noemt, tevreden is met suboptimaal resultaat, onzekerheden vermijdt, onrealistisch optimistisch is, weinig wilskracht heeft en is gericht op korte termijn belangen.

Van Rooij c.s. concluderen dat pogingen om het pensioenbewustzijn te verhogen, door de communicatie eenvoudiger en toegankelijker te maken slechts gedeeltelijk zal slagen. Uit onderzoek is gebleken dat de mate waarin burgers kennis kunnen of willen verwerven van een ‘lange termijn product’ als pensioenen beperkt is. De meerderheid van de respondenten geeft aan geen actie te zullen ondernemen op het vlak van pensioenen, zelfs niet wanneer zij worden geïnformeerd over een aanzienlijke inkomensval op de pensioengerechtigde leeftijd.²⁸⁷ Velen van hen zijn weliswaar van mening dat ze zelf meer zouden moeten sparen voor pensioen, maar zij achtten zichzelf niet deskundig genoeg om daarover besluiten te nemen die in overeenstemming zijn met de eigen lange termijn doelstellingen.

Het onderzoek van Van Rooij c.s. wijst uit dat er grote verschillen zijn in houding tussen gepensioneerden en actieven. Gepensioneerden die een (sterke) inkomensval op de pensioendatum hebben meegemaakt, geven veelal aan dat zij, als zij terug zouden kunnen gaan in de tijd, meer bereid zouden zijn andere keuzes te maken met betrekking tot pensioen. Dat is op zich geen vreemde uitkomst, aangezien deze gepensioneerden reeds aan den lijve hebben ondervonden hoe het is om het uitgave patroon naar beneden toe te moeten bijstellen. Een ander onderzoeksresultaat is dat degenen met de lage inkomens minder actie ondernemen indien zij worden gewaarschuwd voor een inkomensval op de pensioendatum, dan hoger opgeleiden. Informatievoorziening kan dan ook leiden tot kapitaalverspilling indien deze niet (op een goede wijze) stuurt op het gedrag van personen.

De Verplichtstelling van pensioenen kan volgens onderzoek van Prast, Teppa, Smits en Van Rooij c.s. bijdragen aan het voorkomen van een inkomensval.²⁸⁸ De regering, toezichthouders, pensioenuitvoerders en tussenpersonen zullen ingevolge Prast c.s. alternatieve instrumenten moeten ontwikkelen om burgers zo te sturen dat zij goede pensioenkeuzes zullen maken en het pensioenbewustzijn (verder) wordt vergroot. Dat zal het vertrouwen in het pensioenstelsel naar verwachting ten goede komen.

In de gedragswetenschap is relatief weinig bekend over het effectief sturen van het gedrag van individuen bij pensioenen. Deze kennis zal naar verwachting de komende jaren toenemen, mede gezien het groeiend belang dat de politiek lijkt toe te dichten aan de bevindingen van gedragswetenschappers over financiële producten. Ik spreek de hoop uit dat de komende 10 jaren het verantwoordelijkheidsgevoel en realisme van individuen over pensioenen reeds zal toenemen. Het is nodig dat individuen in de toekomst een groter verantwoordelijkheidsgevoel zullen ontwikkelen ten aanzien van het eigen pensioen op de pensioendatum en daarnaar zullen handelen. Het verhogen van *basale* pensioen kennis is een eerste stap.

Bij het verhogen van basale pensioen kennis kan aan de volgende voorbeelden worden gedacht: indien kennis van de voorwaarden waaronder AOW wordt opgebouwd aanwezig is, kunnen actieve keuzes worden gemaakt over de voorwaarden waaronder men eventueel langere tijd in het buitenland zou willen werken (1^e pijler). Kennis over de mogelijkheid om vrijwillige te blijven deelnemen aan een collectieve pensioenregeling kan bij de overstap van het werknemerschap naar het ondernemerschap een pensioengat voorkomen (2^e pijler). Inzicht in het totaal te verwachten inkomen op de pensioendatum kan tenslotte relevant zijn indien het pensioeninkomen veel lager dreigt uit te vallen dan is gewenst en het individu bereid is een pensioenvoorziening te treffen in de derde pijler (3^e pijler).

²⁸⁷ Van Rooij, Kool & Prast 2007.

²⁸⁸ Prast, Teppa en Smits 2012, p. 3-4 en Van Rooij, Kool & Prast 2007.

4.6.2 Correcte informatieverschaffing: de 70%-norm of een veel lagere norm?

Niet alleen zal meer aandacht moeten worden besteed aan de wijze waarop pensioenkeuzes van burgers op positieve wijze kunnen worden beïnvloed, maar ook zal informatieverstopping over de hoogte van te behalen pensioenen en het wekken van verwachtingen over haalbare pensioenen beter moeten. Onjuiste informatie over pensioenen en korte termijn ingrepen die op de lange termijn negatief uitwerken, moeten worden voorkomen.

Dat onjuiste voorlichting over pensioenen zeer nadelig kan uitwerken voor individuen licht ik onderstaand aan de hand van een recent voorbeeld toe. De (fiscale) kaders voor de maximale pensioenopbouw worden door de wetgever vastgesteld. Binnen deze wettelijke kaders is het aan sociale partners om de inhoud van een bedrijfstakpensioenregeling, waaronder de hoogte van het opbouwpercentage, af te spreken. In het Regeerakkoord staat dat 70% van het gemiddeld verdiende brutoloon op de pensioendatum de algemeen aanvaarde maatschappelijke norm is voor de te bereiken hoogte van het aanvullende pensioen, uitgaande van veertig jaar werken.²⁸⁹ Dat is in de eerste plaats een opmerkelijke uitspraak omdat t t de publicatie van het Regeerakkoord, de regering nog refereerde aan een norm van 70% van het *laatstverdiende* brutoloon. Ook de OECD sloot hierbij aan in een rapport uit 2011. De gemiddelde Nederlander zou ruim 89% van zijn gemiddelde loon genieten vanaf de pensioendatum. Dat staat ongeveer gelijk aan 70% van het laatstverdiende salaris. Op basis van dit ‘feit’ oordeelde de OECD dat de hoogte van het Nederlandse pensioen relatief goed was, in vergelijking met dat van andere lidstaten.

De ‘70%-norm’ is wellicht algemeen aanvaard als maatschappelijke norm, maar allang niet meer voor een ieder accuraat.²⁹⁰ Met name niet, indien de indexatie van pensioenaanspraken in de opbouwfase onvolledig is. Uit onderzoek van Syntrus Achmea, dat de Volkskrant in december 2012 publiceerde, blijkt dat een norm tussen de 40% en 60% realistischer is. Er bestaat derhalve een enorme kloof tussen verwachtingen en realisme. Deze conclusie van Syntrus Achmea sluit (deels) aan bij de overweging van de OECD in de Pensions Outlook 2012, dat in vrijwel alle dertien landen die gebruik maken van een (type) pensioenverplichtstelling, een pensioen van circa 60% wordt gehaald. Een aantal van die landen voorziet echter in een relatief hoog percentage staatspensioen ten opzichte van Nederland. Het belang van het treffen van eigen pensioenvoorzieningen in de derde pijler en het benutten van de volledige vrije fiscale ruimte, wordt daardoor de komende jaren nog veel belangrijker dan velen al dachten. Die conclusie geldt te meer voor de groeiende groep zelfstandigen. Uit onderzoek van het Ministerie van SZW, in samenwerking met het Ministerie van FZ en EC, is gebleken dat zzp-ers gemiddeld veel minder pensioen opbouwen dan werknemers. Ongeveer een kwart van de 400.000 zzp-ers bouwt geen of minder dan 50% van het bruto-inkomen op (65.000 zzp-ers bouwen geen pensioen op). De groep zzp-ers zal naar verwachting van de Minister de komende jaren blijven groeien.

Een volgend opvallend punt is de redenen die de regering heeft opgegeven voor de (fiscale) versoeringen en aftoppingen van het pensioen als onderdeel van het Witteveenkader. Het verhogen van de AOW-leeftijd, zoals in werking getreden bij wet van 15 november 2012, zal ten gevolge hebben dat langer wordt doorgewerkt en meer pensioen kan worden opgebouwd. De regering heeft in het Regeerakkoord toegelicht dat het om die reden logisch is dat, uitgaande van het behalen van ‘de 70%-norm’, de pensioenopbouw onder het Witteveenkader moet worden verlaagd met 0,4%, zodat de hoogte van de pensioenen gelijk zullen blijven en niet zullen stijgen door de extra opbouwjaren. De 70%-norm zal echter, zoals bovenstaand is besproken, door velen helemaal niet worden gehaald. De extra opbouwjaren die worden bereikt door het verhogen van de pensioengerechtigde leeftijd vormen meen ik een – gemiste – kans om de gemiddelde hoogte van de aanvullende pensioenen te doen laten stijgen richting

²⁸⁹ Regeerakkoord 2012, p. 6.

²⁹⁰ Zie ook Bakker 2008, p. 122 en 123 en Hof 2012.

de door de regering aangegeven norm van 70% van het gemiddeld verdiende salaris. Ik was er een voorstander van geweest indien de regering het aan sociale partners had gelaten om binnen het oude Witteveenkader te bepalen of een lager opbouwpercentage passend was geweest met het oog op de belangen van de achterban. De regeringsmaatregel zal op de korte termijn resulteren in een aanzienlijke afname van de staatsschuld. Immers, indien het werknemersdeel van de premie wordt verlaagd omdat op jaarbasis een lagere pensioenopbouw hoeft te worden gerealiseerd, stijgt het belastbare loon.

In het Sociaal Akkoord, dat is gesloten op 12 april 2013 heeft de regering aan sociale partners de gelegenheid geboden voor 1 juni 2013 alternatieven voor de versoeringen van het Wittekader uit te werken, met een maximaal budgettair beslag tot EUR 250 miljoen (structureel).²⁹¹ De STAR heeft een werkgroep opgestart, waarin het ministerie van SZW en het Ministerie van Financiën deelnemen.

4.6.2.1 Het effect van communicatie over de hoogte van het te bereiken pensioen

De AFM publiceerde in 2010 dat ongeveer de helft van de werknemers tussen de 55 en 65 jaar oud al minder zullen ontvangen dan 60% van het laatstverdiende loon. Deze boodschap is toentertijd niet aangekomen bij het grotere publiek. In het Pensioenakkoord heeft de STAR aangegeven dat de pensioenambitie en -verwachtingen van deelnemers meer in lijn moeten komen met de realistisch ingeschatte financiële mogelijkheden, zodat verrassingen bij deze deelnemers zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen²⁹². Daarbij is niet verwezen naar het bestaan van onjuiste verwachtingen ten aanzien van de hoogte van het pensioen. De STAR adviseerde vervolgens het Witteveenkader aan te passen aan de stijging van de levensverwachting en de toegenomen arbeidsparticipatie. Dit advies is overgenomen in het Regeerakkoord en het Sociaal Akkoord.

De vraag is hoe in deze economie, op basis van de wetenschap dat individuen niet of nauwelijks actie ondernemen indien hen een inkomensval wordt voorgespiegeld op de pensioendatum, grote inkomensvallen op de pensioendatum zoveel mogelijk kunnen worden voorkomen in de toekomst. Gedragswetenschappers zullen meen ik een wezenlijke rol ten aanzien van de dit onderwerp moeten (blijven) krijgen (§4.6). Daarnaast zal de overheid goed moeten kijken naar de aard van ingezette ontwikkelingen. In de afgelopen tijd zijn er veel maatregelen genomen die op korte termijn een positief effect dienen te bewerkstelligen, terwijl het in gevallen onduidelijk is of op de langere termijn ook (nog) sprake zal zijn van een positief effect of zelfs een tegenovergesteld, negatief effect is te verwachten. Te denken valt aan maatregelen die het korten van pensioenen van ouderen in 2013 moeten voorkomen²⁹³, het verlagen van de maximale fiscale opbouwpercentages (§4.6.2), de snelheid van handelen bij het invoeren van het reële pensioencontract. Ik meen voorts dat realistische communicatie over en een heldere weergave op de website 'mijnpensioen.nl'²⁹⁴ van de verwachte (streef)hoogte van de pensioenvoorzieningen op de pensioendatum, in combinatie met de te bereiken hoogte

²⁹¹ Brief van de Minister en Staatssecretaris aan de Tweede Kamer d.d. 11 april 2013, met kenmerk 2013-0000045997, p. 10 en 11.

²⁹² STAR Pensioenakkoord 2010, p. 2.

²⁹³ DNB Nieuwsbrief 2013 (2). Per april 2013 hebben 66 pensioenfondsen gekort op de pensioenen. De kortingen raakten in totaal de pensioenen van ongeveer 2 miljoen actieven, 1,1 miljoen gepensioeneerden en 2,5 miljoen slapers. De gewogen gemiddelde korting die de 66 fondsen hebben opgenomen in hun rapportages is 1,9%. Eén fonds heeft meer dan 7% gekort op de pensioenen en 18 fondsen hebben van de geboden mogelijkheid in het Septemberpakket gebruik gemaakt om de korting te maximeren op 7%. De introductie van de UFR ultimo 2012 is een maatregel geweest in het Septemberpakket die heeft gezorgd voor een herstel van de dekkingsgraden. Of de maatregelen uit het Septemberpakket in de toekomst niet juist nadeliger zullen uitpakken voor met name jongere generaties, zal nog moeten blijken.

²⁹⁴ Op de website www.mijnpensioenoverzicht.nl kunnen burgers een weergave van de hoogte van het totale (geschatte) individuele pensioen op de pensioengerechtigde leeftijd. Dat geldt ook indien het pensioen bij verschillende pensioenuitvoerders is opgebouwd. Inloggen geschiedt met DigiD.

van de AOW, zal bijdragen aan het inzicht van burgers in het pensioen. Het zou prettig zijn indien in de toekomst ook individuele derdepijler producten kunnen worden toegevoegd op de website, zodat het inzicht in de hoogte van het individuele pensioen op de pensioendatum kan worden vergroot.

Het lijkt onrealistisch dat verbeterde communicatie een armoedeval van veel individuen die de '70%- norm' verwachten te halen op de pensioendatum nog (geheel) zal voorkomen. Velen zullen eerder afstevnen op een pensioen tussen de 40% en 60% van het gemiddeld verdiende salaris.²⁹⁵ Te meer indien de aangekondigde versoberingen van het Witteveen kader zullen worden doorgevoerd. Het is dan ook van het grootste belang dat communicatie aan individuen over het te behalen pensioen, met behulp van inzichten uit de gedragseconomie, is gericht op het tijdig beïnvloeden van gedrag. En voorts dat de verwachtingen van de regering over het te sorteren effect van deze sturing op het gedrag realistisch zal zijn.

4.7 De ondergrens en bovengrens aan solidariteit

Duidelijkheid over de vormgeving van het aanvullende pensioenstelsel is geboden voor de komende decennia om vertrouwen en draagvlak in het pensioenstelsel te kunnen creëren. Het lijkt in dat opzicht onvoldoende dat de regering in het verleden meerdere keren heeft aangegeven de Verplichtstelling als een kostbaar goed te beschouwen. Voor velen is het onduidelijk waar het heen gaat met de Verplichtstelling: naar behouden vaarwater of open zee? Jongeren lijken er weinig vertrouwen in te hebben dat zij later nog AOW of een kwalitatief hoogstaand aanvullend pensioen zullen ontvangen. Mogelijk is hieraan debet dat de pensioenen de afgelopen jaren via civiele en fiscale wetgeving zijn versoberd, pensioenen vaker voorwaardelijker worden gemaakt, risico's in de opbouwfase steeds meer worden verlegd naar werknemers en er in april 2013 door 66 pensioenuitvoerders is gekort op de pensioenen. Een eerste tegengeluid voor deze somberheid ten aanzien van het aanvullende pensioenstelsel is wat mij betreft dat het stelsel als zodanig houdbaar is, vanuit mededingingsrechtelijke optiek (zie §3.3.3.3).

Een andere vorm van intransparantie speelt zich af tussen verschillende generaties. Jongeren vragen zich bijvoorbeeld af, of zij zelf later nog (in dezelfde mate) zullen profiteren van de intergenerationele solidariteit en risicosolidariteit binnen verplicht gestelde regelingen als de ouderen van nu. Met name bij discussies over de (on)aanvaardbare mate van intergenerationele solidariteit tussen verschillende generaties, lijkt bij jongeren de rek er – gevoelsmatig – uit te raken.

Een voorbeeld dat het 'solidariteitsdenken' niet in de hand werkt, is dat het CPB, op verzoek van de regering, de uitwerking van verschillende regeringsmaatregelen in het Septemberpakket en Regeerakkoord doorrekende. In dat kader werd aandacht besteed aan de intergenerationele effecten van de maatregelen. Het CPB concludeerde dat de totale pakketten aan maatregelen gemiddeld (licht) in het voordeel van oudere werknemers waren. In reactie op deze conclusies gaf de regering steeds aan deze uitkomst aanvaardbaar was, zonder aan jongeren het vertrouwen te schenken dat de mate van kruissubsidie van jong aan oud de komende jaren niet zal blijven toenemen en oog bestaat voor een evenwichtige behartiging van de belangen van de verschillende generaties.

²⁹⁵ Zie ook het AFM-rapport 2010. In dit rapport worden voor verschillende leeftijdscohorten schattingen gemaakt van de hoogte van het pensioen, uitgaande van eindloonregelingen, middelloonregelingen en beschikbare premieregelingen. De tabel toont onder meer dat mensen met een stel carrièreverloop en een middelloonregeling er bij pensionering sterk op achteruit kunnen gaan. Zij ontvangen op grond van de getoonde rekenvoorbeelden maar 31,8% van het laatstverdiende bruto-eindloon indien het salaris tot 35 jaar met 1% is gestegen, tot 45 jaar met 2%, tot 55 jaar met 3% en tot 65 jaar met 4%.

De mate waarin de verschillende groepen solidair zijn met elkaar binnen een pensioenregeling is veelal onbekend. Het CPB verricht thans onderzoek naar dit onderwerp. De mate van solidariteit zal afhangen van het specifieke deelnemersbestand, behorende bij een bedrijfstak of beroepsgroep. Inkomensoverdrachten zijn er niet alleen tussen generatiegroepen ('intergenerationele solidariteit'), maar ook binnen generatiegroepen ('intragenerationele solidariteit') en binnen andere groepen, zoals die van mannen en vrouwen en arbeidsongeschikten en arbeidsgeschikten ('risicosolidariteit'). Het is onbekend hoe de mate van intergenerationele solidariteit, intragenerationele solidariteit en (overige) risicosolidariteit zich binnen pensioenregelingen procentueel tot elkaar verhouden. Een zuivere discussie over de zin en onzin van solidariteit binnen pensioenregelingen zou gebaat kunnen zijn bij het (cijfermatig) inzichtelijk maken van de kruissubsidies binnen een pensioenregeling. De mate van solidariteit tussen verschillende groepen zal sterk kunnen verschillen per pensioenregeling. Er zijn immers verschillen in de (leeftijds)opbouw van het deelnemersbestand en de bedrijfstak en de risico's kunnen per bedrijfstak of beroepsgroep verschillen. Te denken valt bijvoorbeeld aan het relatief hoge percentage vrouwen dat deelneemt in het Pensioenfonds voor Zorg en Welzijn. Nederlandse mannen in dit fonds, die gemiddeld 3,7 jaar korter leven dan vrouwen, zijn solidair met de vrouwen doordat zij meebetalen aan het pensioen van de vrouwen, dat langer uitgekeerd zal moeten worden.

De discussie over inkomensoverdrachten tussen verschillende groepen in een pensioenregeling dient naar mijn mening minder gevoelsmatig te worden gemaakt en meer objectieverbaar. Dat kan onder meer worden bereikt door uitvoerder aan belanghebbenden te berichten over het doel van solidariteit binnen pensioenregelingen. Voorts kunnen de argumenten die ten grondslag liggen aan een specifieke belangenafweging die in het voordeel is uitgevallen van een groep deelnemers inzichtelijker worden gemaakt. Een ander punt is dat inkomensoverdrachten die optreden ten gevolge van specifieke maatregelen kunnen worden doorgerekend en inzichtelijk kunnen worden gemaakt op het niveau van een pensioenregeling. De nadruk zal daardoor in discussies over solidariteit naar mijn verwachting niet steeds bij de intergenerationele solidariteit komen te liggen.

Het verdient aanbeveling dat de regering, maar ook sociale partners en pensioenfondsbesturen richting de 'achterban' erkennen dat er een ondergrens en bovengrens kan worden gesteld aan een (on)aanvaardbare mate van (intergenerationele) solidariteit. Een dergelijke grens is thans vooral een gevoelsmatige, onzichtbare grens. Het zou goed zijn om deze grenzen zo objectief mogelijk in beeld te brengen, zodat er zinvolle(re) discussies over solidariteit kunnen plaatsvinden. Voor het stellen van ondergrenzen en bovengrenzen aan een (on)aanvaardbare mate van solidariteit tussen verschillende groepen kunnen handvatten worden ontwikkeld waarbij ik namens de VU graag de komende tijd behulpzaam zal zijn. De grenzen zullen binnen het recht nader kunnen worden ingevuld door de redelijkheid en billijkheid.

4.8 Tussenconclusie

De aanvullende pensioenregeling heeft kenmerken van een sociale verzekering. Het onderscheidende kenmerk van een sociale verzekering, ten opzichte van een particuliere verzekering, is de solidariteit. Aan het solidariteitsbeginsel wordt bij sociale verzekeringen voldaan indien sprake is van een zwak verband tussen de categorieën risico en uitkering, risico en premie en premie en prestatie. Deze drie categorieën kunnen worden onderverdeeld in de twee categorieën die het HvJEU heeft vastgesteld in het Kattner Stahlbau arrest en AG2R arrest, ter beoordeling van een voldoende mate van solidariteit binnen aanvullende pensioenregelingen. Ten eerste dient de financiering van de pensioenregeling te geschieden door premiebijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico – bijvoorbeeld door het hanteren van een doorsneepremie – en ten tweede dient de waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig te zijn aan het loon van de verzekerde.

Solidariteit komt bij aanvullende pensioenregelingen in twee hoofdcategorieën voor: intergenerationele risicospreiding en risicosolidariteit. Risicosolidariteit binnen specifieke leeftijdscohorten kan voorts worden gekwalificeerd als intragenerationele solidariteit. De inkomensoverdrachten tussen verschillende generaties deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden hebben de aandacht in de media. Het doel van solidariteit en de andere vormen van inkomensoverdrachten binnen een pensioenregeling worden echter – ten onrechte – onderbelicht. Voor deze onderwerpen zal meer aandacht moeten komen, zodat het solidariteitsvraagstuk beter kan worden uitgelicht.

Bedrijfstakpensioenfondsen en uitvoerders van beroepspensioenregelingen zijn bij wet verplicht om voor de financiering van de pensioenregeling een doorsneepremie in rekening te brengen bij de werkgevers en beroepsgenoten die onder de reikwijdte van de Verplichtstelling vallen (art. 23 WVB en art. 8 Wet Bpf 2000). Dat geldt niet voor vrijwillige pensioenmodules, waarvoor kan worden geopteerd indien reeds wordt deelgenomen aan de basispensioenregelingen (art. 8 lid 2 Wet Bpf en art. 23 lid 2 WVB). Op grond van de WVB heeft voorts bij premieregelingen geen gebruik te worden gemaakt van de doorsneepremie (art. 23 lid 2 WVB). De premieregeling is minder solidaire dan een DB-regeling. In de eerste plaats omdat bij een DC-pensioenregeling geen sprake is van doorsnee-opbouw en in de tweede plaats omdat geen doorsneepremie hoeft te worden berekend bij een beroepspensioenregeling waarbij sprake is van een DC-pensioenregeling.

Een afname van de solidariteit binnen een verplicht gestelde pensioenregeling betekent niet per definitie dat de Verplichtstelling een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het EU-mededingingsrecht. De eisen die in het Kattner Stahlbau arrest en AG2R arrest worden gesteld aan de benodigde mate van solidariteit binnen een pensioenregeling ('solidariteitsbeginsel'), zijn minder vergaand dan wel wordt gesuggereerd in de media. Er wordt al voldaan aan het solidariteitsbeginsel indien binnen een pensioenregeling een doorsneepremie wordt gehanteerd en er geen sprake is van evenredigheid tussen het loon van een verzekerde en de prestaties die daar tegen over staan. De doorsnee-opbouw of doorsneepremie zijn niet door het HvJEU aangemerkt als noodzakelijke solidaire elementen in een pensioenregeling. De doorsneepremie is in de arresten Brentjens c.s. wel genoemd als een van de solidaire elementen waaraan mede belang toekwam bij de vraag of werd voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste ex artikel 106 lid 2 VWEU (de 'algemeenbelangexceptie').

Ik heb gezien of er solidaire alternatieven bestaan voor de doorsneesystematiek, die gemiddeld leiden tot betere uitkomsten voor de verschillende deelnemers en die niet strijdig zijn met het mededingingsrecht. Bij het onderzoek naar alternatieven voor de doorsneepremie en doorsnee-opbouw is onder meer van belang of een verplicht gestelde pensioenregeling voldoende solidariteitselementen bevat om van de algemeenbelangexceptie in het VWEU gebruik te kunnen maken (zie artt. 106 lid 2 jo 102 VWEU). Het laatste vereiste waaraan moet zijn voldaan om gebruik te kunnen maken van de algemeenbelangexceptie is het noodzakelijkheidsvereiste. De noodzaak voor het uitsluitende recht van een pensioenuitvoerder blijkt niet alleen uit het gegeven dat de Verplichtstelling uittreding van 'goede risico's' voorkomt en nodig is om het gewenste sociale effect te bereiken. De noodzaak kan ingevolge het HvJEU ook mede blijken uit de mate waarin is voldaan aan het solidariteitsbeginsel. Aan het solidariteitsbeginsel is voldaan indien sprake is van een solidaire (doorsnee)premie en er voorts voldoende overige solidaire elementen in de collectieve pensioenregeling zijn opgenomen.

De voldoening van een doorsneepremie zorgt voor pensioenen die ook voor ouderen betaalbaar blijven. Door het werknemersdeel van de premie te koppelen aan het percentage van de pensioengrondslag is sprake van een faire premie op individueel niveau, waarbij het individuele salarisverloop wordt gevolgd en sprake is van risicosolidariteit. Hierdoor worden kruissubsidies van jongeren aan ouderen binnen de perken gehouden. Een dergelijke invulling van de doorsneepremie doet recht aan de demografische ontwikkelingen ('vergrijzing' en 'toegenomen levensverwachting') en de toegenomen mobiliteit op de arbeidsmarkt.

Een progressieve premie leidt ertoe dat jongeren relatief lage pensioenlasten hebben, in vergelijking met de voldoening van een doorsneepremie. Hierdoor zullen zij weinig prikkels hebben om uit te willen trittreden. De prikkels voor ouderen om door te willen werken zullen door de hoge, progressief gestegen pensioenlasten afnemen en ook wordt het voor werkgevers onaantrekkelijker om hen in dienst te nemen. Kortom, de progressieve premie is minder solidair dan de doorsneepremie en de noodzaak voor het verplicht stellen van een fonds of regeling neemt af, doordat de prikkels voor ‘goede’ risico’s om uit te treden verminderd. Het onaantrekkelijk maken van de arbeidsparticipatie van ouderen is voorts strijdig met het doel van de Nederlandse regering en het doel van de EC om arbeidsparticipatie onder ouderen te stimuleren.

De doorsnee-opbouw houdt in sommige bedrijfstakken en beroepsgroepen naar verwachting onvoldoende rekening met de demografische ontwikkelingen en de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. Kenmerkende ontwikkelingen zijn de vergrijzing, de stijgende levensverwachting, de toegenomen mobiliteit op de arbeidsmarkt en het starten als zelfstandige op middelbare leeftijd. Voorts is impliciete subsidie aan jonge werknemers, in ruil voor de kruissubsidie die zij door middel van de doorsneesystematiek kunnen verlenen aan ouderen inmiddels grotendeels vervallen. Het draagvlak onder jongere generaties voor de Verplichtstelling is door dergelijke ontwikkelingen afgenomen: zij menen dat de invulling van de solidariteitsgedachte binnen verplicht gestelde fondsen en regelingen onevenredig veel van hen vergt. Deze gedachte wordt mede gevoed door de – gezaaide – twijfel onder jongere generaties of zij op latere leeftijd nog een zelfde mate van kruissubsidie zullen ontvangen als de oudere generaties die aan de vooravond van hun pensionering staan.

Een doorsneepremie die is berekend op basis van een percentage van de pensioengrondslag zal doorgaans voor jongeren beter recht kunnen doen aan de genoemde ontwikkelingen. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval binnen een bedrijfstak of beroepsgroep kan een degressieve opbouw voor jongeren beter aansluiten bij de demografische ontwikkelingen en ontwikkelingen op de arbeidsmarkt dan een doorsnee-opbouw. Dat zal met name zo kunnen zijn indien sprake is van bedrijfstakken of beroepsgroepen waarin jongeren doorgaans slechts enkele jaren of een deel van de carrière werkzaam zijn, zoals in de horeca.²⁹⁶ Jongeren in dergelijke bedrijfstakken of beroepsgroepen zullen zelf op later leeftijd geen voordeel meer ondervinden van de stijgende waarde van de premie.

Voor de introductie van een degressieve opbouw zal artikel 17 Pensioenwet moeten worden aangepast, gezien de eis van tijdsevenredige financiering waarbij door de tijd heen een zelfde percentage voor de opbouw moet worden gehanteerd. Een aanpassing van dit vereiste, mits lineair – en dus voorspelbaar – doorgevoerd, is naar mijn mening in lijn met de achtergrond van deze bepaling. Het onderscheid naar leeftijd dat wordt gemaakt, kan meen ik worden gerechtvaardigd op grond van artikel 8 lid 3 WGBLA. De toets die het HvJEU aanlegt voor het gebruik maken van de algemeenbelangexceptie ex artikel 106 lid 2 jo artikel 102 WVEU zal de degressieve opbouw, in combinatie met een doorsneepremie, naar verwachting kunnen doorstaan. De omstandigheden van het geval zijn bij deze toets van belang. Hierbij kan met name worden gedacht aan de vraag of sprake is van een doorsneepremie en het hanteren van voldoende solidaire elementen in de pensioenregeling, waar op individueel niveau geen aanvullende premie voor behoeft te worden voldaan ingeval een aanspraak ontstaat (het ‘solidariteitsbeginsel’). Een voorbeeld van zo’n solidair element is de aanspraak op premievrije pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid. Indien de degressieve opbouw bij wet mogelijk zal worden gemaakt, zullen naar verwachting overgangsregelingen in het leven worden geroepen

²⁹⁶ De Staatssecretaris heeft overigens op 22 maart 2013 bekend gemaakt dat het georganiseerde bedrijfsleven in de bedrijfstak Horeca en Catering, dat voortzetting van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds Horeca en Catering had verzocht, niet heeft aangetoond een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen te vertegenwoordigen (*Stcrt.* 22 maart 2013). Sociale partners krijgen de gelegenheid alsnog aan te tonen aan dit vereiste te voldoen.

door sociale partners en beroepspensioenverenigingen. Het treffen van een goede overgangsregeling is niet altijd eenvoudig. Indien leeftijdsgrenzen worden gehanteerd in overgangsregelingen zullen deze objectief gerechtvaardigd moeten worden (art. 7 lid 1 sub c WGBLA).

In paragraaf 4.7 is behandeld dat er sprake is van een verwachtingskloof van individuen tussen het pensioen dat zij verwachten te ontvangen op de pensioendatum en het pensioen dat zij daadwerkelijk zullen ontvangen. Keuzes van individuen ten aanzien van pensioenen kunnen mede met behulp van inzichten uit de gedragseconomie beter worden gestuurd. De kracht van informatievoorziening over keuzes omtrent pensioen niet moet worden overschat. Informatievoorziening blijkt uit onderzoek niet altijd te leiden tot een handelen in lijn met de eigen lange termijn doelstellingen van individuen. Ook zijn individuen geneigd op het vlak van pensioenen geen actie te ondernemen, zelfs niet indien bekend is dat een aanzienlijke inkomensval is te verwachten op de pensioendatum. De bereidheid om actie te ondernemen is het laagst bij degenen met de laagste inkomens. De Verplichtstelling is een van de middelen die een dergelijke inkomensval (gedeeltelijk) kan helpen terugdringen.

De discussie over inkomensoverdrachten tussen verschillende groepen in een pensioenregeling dient ten slotte naar mijn mening meer objectiveerbaar te worden gemaakt (zie 4.6). Betere informatieverzorging aan belanghebbenden over het doel van solidariteit binnen een pensioenregeling en de uitwerking van de verschillende solidariteitsstromen binnen een pensioenregeling kunnen daarbij behulpzaam zijn. Dat geldt ook voor het inzichtelijk(er) maken van de argumenten die ten grondslag liggen aan specifieke belangenafwegingen, die resulteren in een voordeel voor specifieke groepen belanghebbenden binnen een pensioenregeling. Voorts meen ik dat er een ondergrens en bovengrens kunnen worden gesteld aan een (on)aanvaardbare mate van (intergenerationele) solidariteit tussen verschillende groepen belanghebbenden. Een dergelijke grens is thans vooral een gevoelsmatige, onzichtbare grens. Het zou goed zijn om deze grenzen zo objectief mogelijk in beeld te brengen, zodat er in de toekomst zinvolle(re) discussies over solidariteit kunnen plaatsvinden. Hiervoor kunnen handvatten worden ontwikkeld, waarbij ik graag namens de VU de komende tijd behulpzaam zal zijn.

* * * *



Hoofdstuk 5

Recente ontwikkelingen en solidariteit

5 Recente ontwikkelingen en solidariteit

In dit hoofdstuk worden de volgende recente ontwikkelingen besproken, die (mogelijk) van invloed zijn op de solidariteit binnen verplicht gestelde pensioenregelingen:

1. De introductie van het nieuwe reële pensioencontract, waarbij sprake is van ‘zachte’ voorwaardelijke pensioenrechten. Het karakter van het reële pensioencontract wordt besproken, evenals de verwachte consequenties voor de solidariteit binnen pensioenregelingen en de houdbaarheid van de Verplichtstelling (§5.2.1).
2. De gefaseerde verhoging van de AOW-pensioenleeftijd naar ten minste 67 jaar in 2012 (‘Pensioenakkoord’) en de aangekondigde fiscale versoering van de opbouw van pensioenen en aftopping van fiscaal voordeel van pensioenpensioenpremies boven een salarisoniveau van een ton (‘Regeerakkoord’) (§5.2.2). Aan de orde is óf deze maatregelen wenselijk zijn, en zo nee, of soortgelijke effecten met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden bereikt.
3. Het totaalpakket aan maatregelen in het Septemberpakket (§5.3). Behandeld wordt of de maatregelen in het pakket naar verwachting kunnen leiden tot (wezenlijke) bevoordeling van specifieke generaties. Met name over de aanpassing van de rentecurve door middel van een zogenaamde *ultimate forward rate* (‘UFR’) is in dat verband veel te doen geweest.
4. Het streven van de EC om in toenemende mate invloed uit te oefenen op de opzet en harmonisatie van nationale pensioenstelsels, zoals recentelijk uiteengezet in het Groenboek en Witboek van de EC (§5.4) en de bespreking van de effecten van de voorgenomen herziening van de IORP-Richtlijn door de EC op de Verplichtstelling (§5.4.6.2).

Per ontwikkeling zal worden besproken of er naast invloed op de solidariteit sprake zal zijn van invloed op de houdbaarheid van de Verplichtstelling, in het licht van de regels van het EU-mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging. Het hoofdstuk sluit af met een behandeling van het zelfstandigenvraagstuk en het eventuele belang dat zelfstandigen en de Verplichtstelling erbij kunnen hebben indien in de toekomst meer zelfstandigen zullen (moeten) deelnemen aan tweede pijler pensioenregelingen (zie §5.5). Voordat bovenstaande ontwikkelingen worden besproken, ga ik in op de vraag of de organisatiegraad onder werknemersorganisaties consequenties kan hebben voor de Verplichtstelling (§5.1). Voldoende representativiteit is van belang voor de vraag of de Minister de deelneming in een fonds of regeling verplicht kan stellen. Voor de goede orde merk ik op dat de dalende organisatiegraad géén directe invloed heeft op de legitimiteit van de Verplichtstelling.

5.1 De dalende organisatiegraad

Een Verplichtstelling kan ingevolge de regering alleen gehandhaafd kan worden met strikte eisen ten aanzien van solidariteit en representativiteit. Het bestaan van voldoende draagvlak voor de Verplichtstelling in de beroepsgroep of bedrijfstak is essentieel voor het honoreren van een aanvraag tot Verplichtstelling. De organisatiegraad is echter de afgelopen jaren aan het dalen. Met name de jongere generaties zijn hier debet aan. De daling brengt risico’s voor de Verplichtstelling met zich. Alvorens in paragraaf 5.1.3 dit onderwerp wordt besproken, zal worden ingegaan op het representativiteitsvereiste en de beoordeling daarvan (zie §5.1.1).

De nadere eisen die aan het verzoek tot Verplichtstelling (of de wijziging of intrekking ervan) worden gesteld, waaronder het representativiteitsvereiste, zijn voor de Wet Bpf nader uitgewerkt in de Regeling Verplichtstelling Wet Bpf 2000²⁹⁷ en het Toetsingskader Wet Bpf 2000. Voor de WVB zijn de eisen uitgewerkt in de Regeling Verplichtstelling Bpr²⁹⁸ en de Beleidsregels Toetsingskader WVB.

5.1.1 Binding aan collectieve pensioenregelingen

De legitimatie voor binding aan collectieve pensioenregelingen is in de basis gelegen in het verenigingsrecht. Individuen en werkgevers besluiten in vrijheid zich aan te sluiten bij sociale partners (bij collectieve beroepspensioenen vindt aansluiting plaats bij de beroepspensioenvereniging in kwestie). Zij dragen aan deze sociale partners het recht over om binnen bepaalde kaders namens hen te onderhandelen over collectieve overeenkomsten aangaande pensioenen. Nadat de voorlopige onderhandelingsresultaten door de sociale partners (of de beroepspensioenvereniging) zijn voorgelegd aan de leden en door hen zijn goedgekeurd, zijn de leden op grond van de statuten contractueel gebonden.

Deelnemers en hun (eventuele) werkgevers die onder de reikwijdte van de Verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds vallen, zijn rechtens gehouden de statuten, reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het fonds na te leven (art. 4 Wet Bpf 2000). De statuten en reglementen mogen niet in strijd zijn met wettelijke voorschriften. Ingeval een beroepspensioenfonds een verplicht gestelde beroepspensioenregeling uitvoert verplicht de wet de beroepsgenoten de statuten van het fonds en daarop gebaseerde besluiten na te leven (art. 7 lid 4 WVB). Ingeval een pensioenverzekeraar of PPI de verplicht gestelde beroepspensioenregeling uitvoert, is de beroepsgenoot enkel gehouden de *beroepspensioenregeling* en de daarop gebaseerde besluiten na te leven (art. 7 lid 3 WVB).

De Verplichtstelling van collectief overeengekomen pensioenen maakt het mogelijk om ook ongebonden werkgevers en werknemers te verplichten tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling. De Verplichtstelling wordt gelegitimeerd doordat deze alleen wordt verleend wanneer deze is aangevraagd door voldoende representatieve sociale partners. En voorts door de sociale doelstellingen van de Verplichtstelling (zie §3.1).

5.1.2 Het representativiteitsvereiste en de beoordeling

De betrokken sociale partners of beroepspensioenverenigingen, dienen bij de aanvraag van een Verplichtstellingsbesluit representativiteitsgegevens aan te leveren bij de Minister. Tot deze gegevens behoren voor de beroepspensioenvereniging de aanlevering van het aantal beroepsgenoten dat lid is van deze beroepspensioenvereniging en het aantal beroepsgenoten in de beroepsgroep waarop de aanvraag betrekking heeft (art. 1 sub g Regeling Verplichtstelling Bpr). Indien de reikwijdte van de Verplichtstelling zich ook uitstrekt tot beroepsgenoten in loondienst, is aparte vermelding van deze gegevens vereist. Voorts zal de beroepspensioenvereniging in kwestie een toelichting op de wijze van verzameling en totstandkoming van de representativiteitsgegevens moeten meesturen, waaronder de gehanteerde peildatum, de gebruikte onderzoeksmethode en bronnen (zie art. 1 sub h Regeling Verplichtstelling Bpr).

²⁹⁷ Stcrt. 2000, 251, laatstelijk gewijzigd bij Stcrt. 2011, 22520 ('Regeling Verplichtstelling Wet Bpf 2000') en Stcrt. 2010, 535 ('Beleidsregels Toetsingskader Wet Bpf 2000').

²⁹⁸ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 2006, nr. AV/PB/2006/102511a, tot Vaststelling van de regels met betrekking tot de Verplichtstelling op grond van de WVB ('Regeling Verplichtstelling Beroepspensioenregeling').

Sociale partners die om Verplichtstelling van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verzoeken hebben een soortgelijke verplichting op grond van de Regeling betreffende aanvragen op grond van de Wet Bpf 2000 (**“Regeling Wet Bpf 2000”**). In de Beleidsregels van de Minister van SZW bij het aanvragen, wijzigen of intrekken van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet Bpf 2000²⁹⁹ (**“Toetsingskader Wet Bpf”**) wordt de Regeling nader uitgewerkt. Zij dienen gegevens aan te leveren voor wat betreft het aantal werkgevers dat is aangesloten bij een van de betrokken werkgeversorganisaties en het aantal werkgevers in de bedrijfstak waarop de aanvraag betrekking heeft. En voorts zijn gegevens vereist over het aantal werknemers dat in dienst is bij een aangesloten werkgever en het totale aantal werknemers in de bedrijfstak (zie art. 2 sub g en h Regeling Wet Bpf 2000).

Om vast te kunnen stellen of de sociale partners of de beroepspensioenvereniging een ‘belangrijke meerderheid’, vertegenwoordigen in de beroepsgroep of bedrijfstak (zie art. 5 lid 1 onder b WVB en art. 5 lid 1 sub b Wet Bpf 2000), wordt voor de bedrijfstakpensioenfonds gekeken naar de verhouding tussen het aantal aangesloten werkgevers en het totale aantal werkgevers en werknemers dat onder de reikwijdte van de Verplichtstelling valt. Voor de Verplichtstelling van deelneming in een beroepspensioenregeling wordt gekeken naar het totale aantal aangesloten beroepsgenoten en het totale aantal beroepsgenoten waarvoor de Verplichtstelling wordt aangevraagd. De beoordeling van de representativiteit van de sociale partners en beroepspensioenverenigingen is gekoppeld aan de omschrijving van de werkingssfeer. De groepen die onder de Verplichtstelling vallen, moeten zo duidelijk mogelijk worden gedefinieerd door de betrokken beroepspensioenverenigingen of sociale partners. Ingeval een beroepspensioenregeling mede van toepassing is op beroepsgenoten in loondienst, dient deze groep uitdrukkelijk te worden genoemd en omschreven.³⁰⁰

De representativiteit in (een deel van) de bedrijfstak wordt voor werkgeversorganisatie berekend door (i) het aantal werknemers dat werkzaam is voor de verzoekende, georganiseerde werkgevers in (een deel van) de bedrijfstak, te delen door (ii) het totale aantal werkenden in (het deel van) de bedrijfstak x 100%.

Bij een percentage van 60% is de representativiteit voldoende, tussen de 55% en 60% wordt in beginsel aangenomen dat deze voldoende is, tenzij daartegen zienswijzen worden ingediend. De representativiteit van werknemersorganisaties wordt in beginsel geacht voldoende te zijn als uit de statuten blijkt dat deze organisaties bindende afspraken over arbeidsvoorwaarden mogen maken voor de achterban. Pas als er zienswijzen worden ingediend tegen de representativiteit, wordt door de STAR de organisatiegraad van de betrokken werknemersverenigingen vergeleken met die van andere werknemersverenigingen in de bedrijfstak.

De representativiteitsgraad van een beroepspensioenvereniging wordt berekend door: (i) het aantal beroepsgenoten dat is aangesloten bij een beroepspensioenvereniging te delen door (ii) het aantal beroepsgenoten in de beroepsgroep (minus de groepen die zijn uitgezonderd van de werkingssfeer) x 100%. Als de Verplichtstelling van een beroepspensioenregeling zowel vrije beroepsgenoten als beroepsgenoten in loondienst betreft, dan zal eerst de verhouding tussen het aantal van beide groepen moeten worden bepaald. Een beroepspensioenregeling is immers in overwegende mate bestemd voor vrije beroepsgenoten (zie art. 20 WVB).

²⁹⁹ Stcrt. 2010, 535.

³⁰⁰ Beleidsregels van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 december 2006, nr. AV/PB/06/102511b, met betrekking tot het aanvragen, wijzigen of intrekken van de Verplichtstelling op grond van de WVB (‘Toetsingskader WVB’), artikel 2.

Het is van belang dat het aantal bij de beroepsvereniging aangesloten zelfstandige beroepsgenoten, in verhouding tot het totale aantal beroepsgenoten dat onder de reikwijdte van de werkingssfeer valt, ten minste 55% is. Is daar sprake van, dan wordt voor beide groepen het representativiteitscijfer berekend. De resultaten van de toets zijn voor beroepspensioenverenigingen en sociale partners hetzelfde:

- Bij een percentage tussen de 50% en 55% zal in beginsel geen Verplichtstelling plaatsvinden, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden.
- Bij een percentage beneden de 50% wordt een verzoek afgewezen.
- Bij een percentage van 60% of meer is sprake van voldoende representativiteit.
- Bij een uitkomst tussen de 55% en 60% is in beginsel sprake van voldoende representativiteit, tenzij zienswijzen de Minister anders doen beslissen.

Bij de eerste en laatste categorie is sprake van maatwerk door de Minister. In die gevallen verlangt de Minister ook een door een registeraccountant of accountantadministratieconsulent (met certificerende bevoegdheid) geverifieerde opgave van de verstrekte aantallen en de betrouwbaarheid van de bronnen. Sinds 1 januari 2011 is in de WVB en Wet Bpf 2000 naast de reguliere toets een periodieke representativiteitstoets opgenomen, die ten minste iedere vijf jaar wordt uitgevoerd. Op deze wijze wordt gewaarborgd dat een Verplichtstelling op voldoende draagvlak vanuit de betrokkenen mag rekenen.

5.1.3 Oorzaken en consequenties dalende organisatiegraad

Een bekend probleem in Nederland is de vergrijzing van de vakbonden, in combinatie met een dalende organisatiegraad.³⁰¹ Deze ontwikkeling is al enige tijd gaande en vindt ook plaats in andere landen in West Europa, waaronder Duitsland, Engeland en Zweden. Een dalende organisatiegraad onder sociale partners en beroepspensioenverenigingen brengt een gevaar voor de houdbaarheid van (de gebruikmaking van) de Verplichtstelling met zich. Met name voor bedrijfstakken en beroepsgroepen waarin veel jongeren participeren. Dit is niet alleen een reëel risico voor de Verplichtstelling bij pensioenen, maar ook voor de algemeen verbindend verklaring van CAO's.³⁰²

Ultimo 2011 antwoordde de Minister op vragen over de oorzaak van het feit dat vakbonden sneller vergrijzen dan de bevolking, dat het juist is dat het aantal vakbondsleden tussen de 45 en 65 jaar gestaag toeneemt en dat deze groep in verhouding tot de beroepsbevolking oververtegenwoordigd is in vakbonden.³⁰³ Koser Kaya had in dit verband gememoreerd dat zestig procent van de vakbondsleden tot 65 jaar tussen de 45 en 56 jaar oud is, terwijl hun aandeel in de samenleving slechts 40% is. Het aandeel vakbondsleden onder de 25 jaar is in dezelfde periode gedaald van 10% naar 4%. De organisatiegraad lijkt steeds eenzijdiger te worden. Met name onder jongere generaties, flexwerkers, zzp-ers, allochtone arbeiders en vrouwen is deze relatief laag. Daar valt winst te behalen, voor zover de lage organisatiegraad niet slechts samenhangt met een mobielere arbeidsmarkt, waarin relatief vaak gewisseld wordt van bedrijfstak. De organisatiegraad onder vrouwen is overigens laag, maar neemt de laatste twintig jaar wel toe. Mogelijk is de stijgende participatiegraad van vrouwen in het arbeidsproces hieraan debet.

³⁰¹ Zie o.a. Jaspers & Baltussen 2011, p. 228, die verwijzen naar een procentuele daling van het aantal leden van vakbonden, van omstreeks 40% aan het einde van de jaren '40 van de 20^e eeuw, tot ongeveer 22% in 2010.

³⁰² Zie uitgebreid over de toekomst van het CAO recht en de representativiteit van vakbonden: Jaspers & Baltussen 2011, H11 en H12. Zie ook Beltzer 2010, die spreekt over het 'eroderen' van de 'juridische legitimatie' van vakbonden.

³⁰³ Brief van de Minister van SZW d.d. 31 oktober 2011, met kenmerk AV/SDA 2011/18651 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, in antwoorden op vragen van het lid Koser Kaya over de beperkte representativiteit van vakbonden.

De dalende organisatiegraad en de ‘scheve’ verdeling ten opzichte van de beroepsbevolking is volgens de Minister mede het gevolg van het feit dat relatief weinig jongeren nog lid worden van de vakorganisatie. Uit onderzoek (TNO en NEA 2009) was volgens de Minister naar voren gekomen dat de belangrijkste reden voor jongeren om geen lid te worden van de vakbond, “dat zij er niet bij stil staan dat er een mogelijkheid is om lid te worden”. Een achtergrond van deze uitslag zou volgens hem kunnen zijn: dat men niet per se lid hoeft te worden om te kunnen profiteren van de voordelen. Ik merk op dat deze constatering juist is voor wat betreft de verplicht gestelde pensioenregeling. De voordelen van de Verplichtstelling worden immers ook genoten door degenen die slechts vanwege een Verplichtstellingsbesluit – en niet door contractuele binding – gehouden zijn een Verplichtstelling na te leven. Daarbij wordt echter door (sommige) jongeren over het hoofd gezien dat er meer voordelen zijn verbonden aan het lidmaatschap, zoals het uitoefenen van invloed op de inhoud van de pensioenregeling en het verhogen van de pensioenkennis.

De vraag komt vervolgens aan de orde, of de dalende organisatiegraad onder vakbonden een gevaar kan vormen voor de houdbaarheid van de Verplichtstelling. Het antwoord luidt bevestigend. Op de lange termijn kan deze daling er immers in resulteren dat er binnen de samenleving onvoldoende vertrouwen zal bestaan in het (economische en sociale) nut van het systeem, waardoor het draagvlak voor de Verplichtstelling komt te vervallen en er geen fondsen meer verplicht kunnen worden gesteld.

Een dergelijke ontwikkeling kan in de eerste plaats een halt worden toegeroepen door de vakbonden zelf. Zij zijn primair verantwoordelijk voor het creëren van draagvlak voor de Verplichtstelling en het afsluiten van lidmaatschappen. Daar uit onderzoek naar voren komt dat jongeren niet zo zeer tegen ‘organisatie’ en de effecten daarvan zijn, maar er gewoonweg niet altijd bij stil staan dat zij lid van een vakbond kunnen worden, of denken dat zij (blijvend) kunnen meeprofiteren van de voordelen die voortvloeien uit Verplichtstellingen, is informatie over de keuze met betrekking tot de aansluiting bij een vakorganisatie en de gevolgen daarvan, van groot belang. Met name het vergroten van kennis over de effecten van een lidmaatschap van een vakbond – waaronder het tegengaan van het ondergraven van arbeidsvoorwaarden en de werking van risicosolidariteit en intergenerationele solidariteit – en een heldere uitleg door een (specifieke) vakbond aan leden en niet-leden over de belangen die deze bond vertegenwoordigt tijdens onderhandelingen over de inhoud van een (verplicht te stellen) pensioenregeling, lijken van cruciaal belang.

De regering erkent het belang van de Verplichtstelling voor de rust en orde op de Nederlandse ‘pensioenmarkt’. Ik meen daarom dat mede op de weg van de overheid ligt om de vakbonden een grote(re) helpende hand toe te steken, door de verhoging van het bewustzijn te ondersteunen. De staatssecretaris van SZW bevestigde op woensdag 21 november 2012 in een toespraak op het jaarcongres van de Pensioenfederatie, alle aandacht te hebben voor dit onderwerp. Zij gaf aan jongeren meer te willen betrekken bij het debat over de toekomst van het pensioen in zijn algemeenheid. Zij pleitte daarbij voor een brede discussie over de maatschappelijke houdbaarheid van het pensioenstelsel en het maatschappelijke draagvlak. De organisatiegraad van jongeren verdient in dit opzicht, meen ik, grote aandacht.

Overige partijen die een rol kunnen spelen zijn ideële stichtingen als SIRE en initiatieven als Pensioenlab en ‘Pensioen kijker.nl’. ‘Pensioen kijker.nl’ heeft de afgelopen jaren goed bijgedragen aan het verhogen van het pensioenbewustzijn en het pensioenbegrip in Nederland. Toch valt mij op dat zelfs onder de kopjes ‘wat je zelf kunt doen’ en ‘meepraten over pensioen’ op de website van deze organisatie geen aandacht wordt geschonken aan het feit dat je *zelf* kunt meepraten over de inhoud van een verplicht te stellen bedrijfstakpensioenfonds door lid te worden van een van de betrokken partijen en wat daarvan de *belangen* zijn. Immers, bij een (te) lage organisatiegraad onder de eigen leeftijdscategorie kan Verplichtstelling aan de fondsen worden onthouden als dit leidt tot onvoldoende representativiteit en indien een fonds verplicht wordt gesteld, maar de eigen leeftijdscategorie ondervertegenwoordigd is, zoals bij jongeren vaker dan bij ouderen voorkomt, is het risico dat de inhoud van de pensioenregeling

ook minder aansluit bij de behoeften van de leeftijdscategorieën die in mindere mate vertegenwoordigd zijn. Het verhogen van het ‘organisatiebewustzijn’ onder jongeren kan in de toekomst resulteren in een toename van vertrouwen in de Verplichtstelling en de aanvullende pensioenen, doordat het kunnen uitoefenen van invloed op de inhoud van de pensioenregeling (via het lidmaatschap), zal leiden tot een beter begrip van pensioenen en een betere belangenbehartiging ten aanzien van de behoeften van jongeren binnen een pensioenregeling.

Voor de goede orde: de dalende organisatiegraad heeft geen invloed op de legitimiteit van het instrument dat de Minister heeft om deelneming in een fonds verplicht te stellen. Deze mogelijkheid is immers bij wet vastgelegd. De dalende organisatiegraad kan een grote impact hebben op het draagvlak in de samenleving voor de Verplichtstelling en het aantal fondsen dat nog verplicht kan worden gesteld in de toekomst. In die zin vormt de dalende organisatiegraad een groot aandachtspunt voor de bij de Verplichtstelling betrokken partijen. Blekman c.s. overwegen ten aanzien van de representativiteit van sociale partners die betrokken zijn bij CAO-onderhandelingen, dat de kritische grens – wanneer ‘de samenleving op enig moment de gevolgtrekking maakt dat bonden eigenlijk niemand meer vertegenwoordigen’ – echter nog lang niet wordt overschreden. Zeker niet zolang de resultaten van collectieve onderhandelingen ook niet-leden blijft aanspreken.³⁰⁴

5.2 Het Pensioenakkoord

In juni 2010 hebben sociale partners in de STAR een pensioenakkoord gesloten (het “**Pensioenakkoord**”).³⁰⁵ In het akkoord zijn afspraken gemaakt over aanpassingen van de aanvullende pensioenen, waarvoor de sociale partners een ‘bijzondere’ verantwoordelijkheid hebben. In het Pensioenakkoord worden tevens voorstellen gedaan voor de toekomstbestendigheid van de AOW, zodat de eerste en tweede pijler op elkaar blijven afgestemd. De voorstellen zijn gedaan ter waarborging van de houdbaarheid van het integrale Nederlandse pensioenstelsel en sluiten ingevolge de STAR beter aan bij de huidige tijdsgeest. Het Pensioenakkoord is geen wetgeving en behoeft derhalve niet te worden gevolgd, voor zover voorstellen niet zijn of worden omgezet in wet- en regelgeving.

De rapporten van de Commissies Goudswaard en Frijns uit 2010 over respectievelijk het toekomstbestendig maken van de aanvullende pensioenen en een analyse van de financiële opzet van pensioenfondsen en de governance structuur, hebben een aanzet gegeven voor de voorstellen die in het Pensioenakkoord zijn gedaan. In het Pensioenakkoord is aangegeven dat de sociale partners evenals de regering de analyses van beide commissies op hoofdlijnen onderschrijven. De fundamentele kenmerken van het pensioenstelsel – te weten: “collectiviteit, solidariteit en de Verplichtstelling” – moeten volgens hen behouden blijven. Gezocht is naar een nieuwe balans tussen ambitie, zekerheid, solidariteit en kosten. De twee voornaamste problemen, die de commissies Frijns en Goudswaard reeds zagen en waarvoor oplossingen zijn gezocht in het Pensioenakkoord zijn de volgende: de stijging van de levensverwachting het aantal pensioenjaren zullen leiden tot onhoudbare kostenverhogingen en het aanvullende pensioenstelsel is onvoldoende schokbestendig voor schokken op financiële markten.³⁰⁶

³⁰⁴ Jaspers & Baltussen 2011, p. 228.

³⁰⁵ STAR Pensioenakkoord 2010.

³⁰⁶ Pensioenakkoord, p. 1 “Voor schokken op financiële markten (rente, inflatie, rendementen) zijn in de huidige pensioencontracten met onvoorwaardelijke nominale rechten alleen het niet indexeren van pensioenen en opgebouwde rechten en in het uiterste geval (ultimum remedium) een nominale verlaging van rechten (‘afstempelen’) remedies. Het premie-instrument (een tijdelijke premieverhoging) is hiervoor reeds ineffectief en zal dat vanwege de vergrijzing in toenemende mate worden.

De voorstellen in het Regeerakkoord raken ‘aan gedrag van stakeholders, verwachtingen van deelnemers, solidariteit tussen betrokkenen, kwaliteit van informatie en inzichtelijkheid’.³⁰⁷ Zij betreffen onder meer de introductie van het reële pensioencontract, met zachte voorwaardelijke rechten, dat rekening houdt met de ontwikkelingen van de levensverwachting en financiële markten en een daarop afgestemd financieel Toetsingskader. Ook wordt een verhoging van de AOW-leeftijd voorgesteld en het in lijn brengen van het Witteveenakkoord met de voorstellen in het Pensioenakkoord. Deze voorstellen zijn op hoofdlijnen overgenomen door de regering in het Septemberakkoord en in het Regeerakkoord. De sociale partners in de STAR benadrukken in het Pensioenakkoord dat zij het van belang hebben gevonden dat in de (nieuwe) pensioenregeling de solidariteit blijft behouden en ‘evenwichter’ wordt gemaakt en dat de pensioenverwachtingen van de huidige deelnemers moeten blijven sporen met de demografische ontwikkelingen en met de realiteit op de financiële markten.

In deze paragraaf worden het reële pensioencontract (§4.6.2) en de versobering en fiscale aftopping van de pensioenopbouw besproken. Voorts wordt getoetst of deze twee ‘ontwikkelingen’ mogelijk kunnen leiden tot grotere kruissubsidies tussen verschillende generaties en de onhoudbaarheid van de Verplichtstelling (§4.5.3 en §4.5.4).

5.2.1 Het reële pensioencontract en de premieovereenkomst

Een pensioenovereenkomst moet op grond van de Pensioenwet worden aangemerkt als uitkeringsovereenkomst, kapitaalovereenkomst of premieovereenkomst (zie art. 10 PW). Het reële pensioencontract kwalificeert naar mijn mening, zonder verdere aanpassingen, als premieovereenkomst.³⁰⁸ Dat wringt echter wel. In de toekomstige wetgeving krijgt het reële pensioencontract mogelijk een eigen karakter.³⁰⁹ Een andere mogelijkheid die ik niet ondenkbaar acht is dat de definitie van de uitkeringsovereenkomst zal worden uitgebreid.

Een premieovereenkomst is een pensioenovereenkomst inzake een vastgestelde premie die uiterlijk op de pensioendatum wordt omgezet in een pensioenuitkering (art. 1 PW). Het reële pensioencontract kwalificeert als premieovereenkomst, omdat de pensioenambitie gelijk is aan de premie en de daarop behaalde rendementen. Er wordt geen pensioenuitkering of een pensioenkapitaal van een bepaalde hoogte toegezegd, maar er wordt aan de hand van een pensioenambitie gestreefd naar een pensioen van een bepaalde hoogte. De hoogte van het uiteindelijke pensioen is daardoor onzeker: of de ambitie wordt behaald is afhankelijk van de premie en het behaalde rendement. Uiterlijk op de pensioendatum wordt de premie behorende bij een premieregeling omgezet in een pensioenuitkering (art. 1 PW).

De doorsneesystematiek van een premieovereenkomst is minder solidaire dan bij uitkeringsovereenkomsten of kapitaalovereenkomsten. Bij zowel de pensioenregelingen van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, als bij de verplicht gestelde beroepspensioenregelingen is geen sprake van doorsnee-opbouw. Voor verplicht gestelde beroepspensioenfondsen worden voorts de premieregelingen uitgezonderd van de eis dat sprake moet zijn van een doorsneepremie (art. 23 lid 2 WVB).³¹⁰ Bij bedrijfstakpensioenregelingen is de doorsneepremie daarentegen wél verplicht voor alle typen

³⁰⁷ STAR, Pensioenakkoord 2010, p. 1.

³⁰⁸ Zie ook Lutjens 2007 (1) en Heemskerk 2011, p. 104 e.v.

³⁰⁹ *Kamerstukken II* 2011-2012, 32 043, nr. 118, p.3. De Minister overweegt in antwoord op vraag 3: “Het reële contract vormt dus een combinatie van elementen van het DC-contract en het DB-contract. Daarom vind ik het terecht om het reële contract te onderscheiden van de reeds bestaande premieovereenkomst. Ik acht het reële contract beter vergelijkbaar met collectieve DC-regelingen, zogenaamde CDC-regelingen. Deze regelingen worden vanuit de boekhoudkundige optiek beschouwd als DC-regeling. Vanuit het toezicht en de fiscale begrenzing worden ze evenwel behandeld als DB-regeling. Vanwege de verschillen met de bestaande DB-regeling – zeg het nominale contract – vereist het reële contract wel een aanpassing van het ftk”.

³¹⁰ Sinds 1 januari 2007 geldt de eis van de doorsneepremie ook voor beroepspensioenregelingen die voor de inwerkingtreding van de WVB al bestonden, met uitzondering van de premieregelingen.

pensioenregelingen, waaronder de premieregeling (art. 8 Wet Bpf 2000).³¹¹ Voorts is sprake van een collectieve deling van de beleggingsrisico's en een spreiding van dat risico in tijd. Een premieregeling heeft derhalve solidaire kenmerken, alhoewel minder dan de DB-regelingen, waarbij eveneens sprake is van een doorsnee-opbouw.

Gebruikmaking van een solidaire premieovereenkomst, waarbij sprake is van één collectief beleggingsbeleid, kan de kansen op (blijvende) verenigbaarheid met het EU-recht vergroten. Aan de voorkant van de regeling is dan sprake van financiering door middel van een doorsneepremie en aan de achterzijde vindt de feitelijke verdeling van de premie plaats aan de hand van een leeftijdsafhankelijke actuariële staffel.³¹² In dat verband moet wel worden bedacht dat bij de huidige *defined benefit* regelingen, in tegenstelling tot de solidaire premieovereenkomst, ook sprake is van een (solidaire) doorsnee-opbouw en dat bij DB-regelingen de doorsneepremie als 'middel' moet worden gezien om een met de werknemer afgesproken 'doel' – zijnde: de toegezegde uitkering – te bereiken. Aan dat doel wordt door de introductie van het reële contract, met zachte voorwaardelijke rechten, in ieder geval enige afbreuk gedaan.

Indien sociale partners en beroepspensioenverenigingen in een bedrijfstak, respectievelijk beroepsgroep, zullen kiezen voor het reële contract – zonder dat de definitie van uitkeringsovereenkomst is aangepast of een nieuw karakter is toegevoegd en dus sprake is van een premieovereenkomst - in plaats van een uitkeringsovereenkomst, heeft dit in potentie een aantal voor- en nadelen. Een voordeel voor werkgevers is dat de (boekhoudkundige) pensioenverplichtingen afnemen en overzichtelijker worden.³¹³ Een nadeel kan daarentegen zijn dat de solidariteit verminderd. In de volgende paragraaf wordt getoetst of de mindere mate van solidariteit binnen een premieregeling, waaronder het reële contract, kan leiden tot onverenigbaarheid van de Verplichtstelling met het EU-recht.

5.2.1.1 Toetsing aan het EU-recht

Heemskerk concludeerde in 2011 met 'enige voorzichtigheid' bij de bespreking van het naderende reële pensioencontract, dat er bij een voorwaardelijke uitkeringsovereenkomst of premieovereenkomst met doorsneepremie waarschijnlijk nog voldoende (solidaire) elementen aanwezig zullen zijn om de essentiële sociale functie die de Verplichtstelling heeft, te kunnen blijven vervullen.³¹⁴ Ook ik meen dat van onverenigbaarheid met het mededingingsrecht op EU-niveau niet bij voorbaat sprake is indien de Verplichtstelling een collectieve premieregeling betreft. Indien de definitie van de uitkeringsovereenkomst niet wordt verruimd, of het reële pensioencontract een eigen karakter zal krijgen in de Pensioenwet, kwalificeert het reële pensioencontract als premieovereenkomst. In paragraaf 5.2.1 is beschreven dat ook een premieregeling solidaire elementen bevat. Een kanttekening is in dat verband dat bij bedrijfstakpensioenregelingen de mate van solidariteit binnen een DC-pensioenregeling groter kan zijn dan bij beroepspensioenregelingen, omdat voor beroepspensioenregelingen de eis van de doorsneepremie niet geldt bij DC-regelingen.

³¹¹ De wet spreekt niet van 'doorsneepremie', maar van een bijdrage door of voor de deelnemers, die voor alle deelnemers gelijk is en een gelijk percentage van het loon bedraagt dan wel van het gedeelte van het loon dat voor de pensioenberekening in aanmerking moet worden genomen.

³¹² Zie ook Heemskerk 2011, p. 27.

³¹³ DC-regelingen, die steeds vaker worden uitgevoerd door verplicht gestelde fondsen, kwalificeren doorgaans als uitkeringsovereenkomst onder de Pensioenwet en zijn derhalve geschikt om een doorsneepremie in rekening te brengen. Hieraan doet niet af dat deze regelingen doorgaans voor de jaarverslaggeving als DC-pensioenregeling kwalificeren, aangezien de werkgever geen aanvullende bijdragen hoeft te storten en alleen de doorsneepremie voldoet.

³¹⁴ Heemskerk 2011, p. 142. Heemskerk baseert zijn standpunt op de overwegingen van het HvJEU in het AG2R arrest (zie HvJEU 3 maart 2011, *PJ* 2011/57).

Voor de beoordeling van de algemeenbelangexceptie ex artikel 106 lid 2 VWEU, is de mate van solidariteit niet bij uitsluiting, maar *mede* van belang voor de beoordeling van de rechtvaardigingsgrond. Ik verwacht dat dit niet anders is, indien langs de *rule of reason*-uitsondering zou moeten worden geredeneerd ten aanzien van het vrij verkeer van diensten en vestiging (zie §3.4.4). Laatstgenoemde toetst zal echter niet snel hoeven plaats vinden, aangezien de IORP-Richtlijn van toepassing is. De IORP-Richtlijn creëert geen (mogelijke) belemmeringen voor de Verplichtstelling indien sprake is van een premiereregeling, aangezien de Verplichtstelling en onderliggende collectieve overeenkomst door de Nederlandse regering zijn aangemerkt als nationale, sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van het nationale pensioenstelsel.

Het is voor de toepasselijkheid van de algemeenbelangexceptie in artikel 106 lid 2 VWEU van belang dat de overheid de algemene taakstelling van pensioenuitvoerders bij een Verplichtstelling van bijzonder nationaal sociaal belang blijft kwalificeren. De concurrentiebeperking die optreedt doordat aan deze pensioenuitvoerders een uitsluitend recht wordt verleend is in beginsel gerechtvaardigd indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. De laatste voorwaarde zal doorgaans het lastigst zijn: de noodzakelijkheid (zie §3.3.3.1). Het HvJEU heeft in de arresten *Brentjens c.s.* overwogen dat de Verplichtstelling een essentiële sociale functie vervult en dat de hoogte van de pensioenopbouw aansloot bij de gangbare norm. Indien de Verplichtstelling en de bijbehorende handhavinginstrumenten worden afgeschaft, zullen ‘goede’ risico’s uitstappen, waardoor kosten voor achterblijvers onaanvaardbaar hoog worden. Er is derhalve een noodzaak voor de Nederlandse regering om de Verplichtstelling te willen handhaven. Bij de toets aan het noodzaakzakelijkheidsvereiste kent het HvJEU mede belang toe aan een hoge mate van solidariteit binnen de door het Hof beoordeelde pensioenregelingen. Het HvJEU zal in dat verband bezien of aan het solidariteitsbeginsel is voldaan. Hoe meer solidaire elementen in een pensioenregeling zijn opgenomen des te meer de noodzaak voor het uitsluitende recht van pensioenuitvoerders bij een Verplichtstelling zal komen vast te staan. Aan het solidariteitsbeginsel is ingevolge het HvJEU reeds voldaan indien (zie 3.3.3.1.3):

1. De financiering van het stelsel geschiedt door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en
2. De waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van de verzekerde.

De ontkoppeling van de hoogte van de premie en de gedekte risico’s, de verplichting om werknemers te accepteren zonder medische keuring, de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid, nabestaandenpensioen op risicobasis waarop nog enige maanden na afloop van het dienstverband van de werknemer aanspraak kan worden gemaakt, de overname door het Pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van waardevastheid kunnen ingevolge de rechtspraak van het HvJEU wijzen op een (hoge) mate van solidariteit. Ook premiereregelingen, waaronder (thans nog) het reële contract, kunnen aan deze voorwaarden voldoen, alhoewel de doorsneesystematiek minder solidaire is dan bij DB-regelingen. Er is immers geen sprake van een doorsnee-opbouw en ook hoeft bij beroepspensioenregelingen geen sprake te zijn van een doorsneepremie. Waakzaamheid is in dat opzicht geboden. Sociale partners zullen goed in de gaten moeten houden bij pensioenregelingen of sprake is van voldoende solidaire elementen. Daaraan zal in ieder geval kunnen worden voldaan wanneer een solidaire premieovereenkomst, met één collectief beleggingsbeleid wordt gehanteerd. De premiereregeling wordt dan aan de voorkant gefinancierd door middel van een doorsneepremie, terwijl de premie aan de achterzijde wordt verdeeld aan de hand van een leeftijdsafhankelijke actuariële staffel.

Alles bijeen genomen geeft de introductie van het reële contract – welke thans (nog) kwalificeert als premieovereenkomst – nog geen aanleiding tot zorgen voor de houdbaarheid van de Verplichtstelling. De regering, STAR en sociale partners dienen, ieder binnen de eigen

rol, actief te blijven sturen op voldoende solidaire elementen in de doorsneesystematiek die ten grondslag ligt aan het reële contract en op de (solidaire) inhoud van de pensioenregeling. In Hoofdstuk 6 zal worden besproken of een aantal alternatieven voor de Verplichtstelling minder ingrijpend is en leidt tot hetzelfde resultaat. Dat beoordeelt het HvJEU niet in bovenstaande rechtspraak over de verenigbaarheid van de Verplichtstelling met het EU-recht; deze beoordeling is voorbehouden aan de individuele lidstaten.

5.2.2 Fiscale versobering en aftopping fiscale pensioenopbouw

Het Pensioenakkoord vermeldt uitdrukkelijk dat de pensioenambitie en pensioenverwachtingen van deelnemers meer in lijn moeten komen met de realistisch ingeschatte financiële mogelijkheden. Het Regeerakkoord sluit daar bij aan. In deze paragraaf wordt ingegaan op de uitgangspunten van de STAR en de regering bij de fiscale versobering en aftopping van de pensioenopbouw. En voorts op de invloed die dit mogelijk heeft op de houdbaarheid van de Verplichtstelling in het licht van de rechtspraak van het HvJEU.

5.2.2.1 Fiscale versobering pensioenopbouw

Ik besprak reeds in paragraaf 4.6.2 dat in het Regeerakkoord is opgenomen dat 70% van het gemiddeld verdiende brutoloon op de pensioendatum de algemeen aanvaarde maatschappelijke norm is voor de hoogte van het aanvullende pensioen, uitgaande van veertig jaar werken.³¹⁵ Deze norm zal door met name jongere en middelbare generaties lang niet altijd meer worden gehaald. Eerder had de regering de ‘70%-norm’ nog gekoppeld aan het *laatstverdiende* brutosalaris, alhoewel deze al geruime tijd door velen niet meer zal worden gehaald. Het verhogen van de AOW-leeftijd – zoals voorgesteld in het Pensioenakkoord en in aangepaste vorm in werking getreden bij wet van 15 november 2012 – zal ingevolge de STAR en de regering ten gevolge hebben dat langer dan 40 jaar wordt gewerkt en meer pensioen kan worden opgebouwd. Uitgaande van de 70%-norm wordt (dus) in het Regeerakkoord het maximale opbouwpercentage onder het Witteveenkader verlaagd met 0,4%. De aangepaste opbouwpercentages zullen vermoedelijk wettelijk gaan gelden vanaf 1 januari 2015. De derde pijler, waarvan de individuele lijfrenteopbouw onderdeel uitmaakt, wordt op overeenkomstige wijze aangepast.

Voor het middelloodpensioen betekent de fiscale versobering van de opbouw bijvoorbeeld dat jaarlijks een opbouw van maximaal 1,75% van het pensioengevend loon fiscaal wordt gefaciliteerd. Deze norm gold jaren geleden ook, maar werd juist opgehoogd naar 2,25% zodat het streven naar de 70%-norm weer (meer) binnen bereik kwam. Thans bouwt ruim 85% van de werkenden meer pensioen op dan 1,75%. De versobering van de maximale fiscale pensioenopbouw zal derhalve grote consequenties hebben voor de hoogte van de pensioenen van vele werkenden. Jongere generaties zullen hiervan meer merken dan oudere generaties. Oudere werknemers hebben immers al langer onder een hoger maximaal opbouwpercentage pensioen kunnen opbouwen dan jongeren. Ik laat het aan de andere disciplines om door te rekenen in hoeverre de pensioenen er naar verwachting op achteruit zullen gaan. Ik heb begrepen uit onderzoek van Syntrus Achmea, dat een verlaging van het opbouwpercentage met een halve procentpunt, gemiddeld een verlaging van het pensioen op de einddatum betekent met 7% à 9%.

Een andere fiscale versobering is, dat vanaf een inkomensniveau van 100.000 euro niet langer fiscaal gefaciliteerd voor aanvullend pensioen wordt gespaard. Dit geldt voor zowel voor pensioenopbouw in de tweede als de derde pijler. Deze maatregel raakt derhalve alleen het hogere échalon. Toch zal dit naar verwachting voor een wezenlijk percentage werknemers effect hebben. Over percentages beschik ik niet.

³¹⁵ Regeerakkoord 2012, p. 6.

Uit het onderzoek van Syntrus Achmea komt voorts naar voren dat het ‘verlagen’ van de pensioenopbouw niet alleen wordt veroorzaakt door de fiscale versoering en aftopping van de pensioenen. In vijftien jaar tijd zijn de pensioenen door een reeks pensioenhervormingen met 15 tot 35 procent verlaagd. De overgang van eindloon naar een middelloonstelsel heeft de pensioenen tussen de 7 en 22% laten dalen. De stijging van de pensioenleeftijd doet de pensioenen daarentegen weer stijgen met 4% à 6%. In 2011 gaf de OECD reeds aan, dat in Nederland de meeste winst kan worden behaald van alle lidstaten indien werknemers langer blijven doorwerken tussen het 60^e en 65^e levensjaar. Deze stijging zal echter de ingezette dalingen van de pensioenopbouw niet weten te compenseren. Voorts hebben de verhoging van de pensioenpremie en (aangekondigde) kortingen aanzienlijke invloed op het dalen van de pensioenopbouw.

Het ligt meen ik, gezien het voorgaande, geenszins voor de hand dat de fiscale versoeringen en aftoppingen worden doorgevoerd. Het wordt door de maatregel vooral voor de jongere deelnemers lastig om eenzelfde pensioen op te bouwen als de huidige generatie gepensioneerd. Hierdoor zijn jongere generaties ook eerder geneigd kruissubidiëring aan oudere generaties als onrechtvaardig te bestempelen, waardoor het draagvlak voor het (verplicht gestelde) aanvullende pensioenstelsel afneemt (of in ieder geval niet toeneemt). Het zou bovendien aan sociale partners en beroepspensioenverenigingen moeten zijn om te bepalen of een maximum fiscale opbouw van pensioenen is geboden en kan worden opgebracht door de achterban. Daar hoeft het maximum opbouwpercentage niet (verder) voor te worden verlaagd bij wet. Indien het maximum percentage niet wordt benut in enig jaar, kan de mogelijkheid worden geboden aan de individuele werknemer om de vrije ruimte zelf te benutten en daarmee te profiteren van belastingvoordeel. Ik adviseer derhalve aan de regering en de STAR de fiscale versoeringen van de pensioenopbouw in heroverweging te nemen. Ook ten aanzien van het aftoppen van fiscaal voordeel van pensioenpremies boven een salarisoniveau van een 100.000 euro geldt dat het aan sociale partners zou moeten zijn om te bepalen of een dergelijke inkomensnivellerende maatregel in het belang van (een deel van) de achterban is om dit door te voeren.

Op 12 april 2013 is in het kader van het nieuwe Sociale Akkoord door de regering aan sociale partners toegezegd, dat zij tot 1 juni 2013 de gelegenheid krijgen om een alternatief te bedenken voor de versoeringen onder het Witteveenkader.³¹⁶ Er is sprake van een maximaal budgettair beslag oplopend tot EUR 250 miljoen structureel. Gezien de korte termijn die aan sociale partners wordt geboden, wordt door de STAR een werkgroep opgestart waarin het ministerie van SZW en het Ministerie van Financiën zullen participeren.

5.2.2.2 Toetsing aan het EU-recht

Ik beschreef in hoofdstuk 3 dat het voor de toepasselijkheid van de algemeenbelangexceptie in artikel 106 lid 2 jo artikel 102 VWEU van belang is dat sprake is van een algemene taakstelling aan de pensioenuitvoerders bij Verplichtstelling van bijzonder nationaal sociaal belang. Of gebruik kan worden gemaakt van de algemeenbelangexceptie, zal met name afhangen van het voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste (zie §3.3.3.1.4). In dat verband is van belang dat de Verplichtstelling een essentiële sociale functie vervult binnen het aanvullende pensioenstelsel en dat de hoogte van de pensioenopbouw aansluit bij de gangbare norm. Deze norm was ooit 70% van het laatstverdiende brutosalaris en is thans volgens de regering 70% van het gemiddelde bruto salaris. Uit onderzoek van Syntrus Achmea bleek duidelijk dat deze norm allang niet meer is weggelegd voor velen.

³¹⁶ Brief van de Minister en Staatssecretaris aan de Tweede Kamer d.d. 12 april 2013, met kenmerk 2013-0000045997, p. 10 en 11.

Indien de regering de norm niet uitdrukkelijk zal bijstellen en daar goed over zal communiceren, ontstaat er een risico wanneer prejudiciële vragen zullen worden voorgelegd aan het HvJEU over de verenigbaarheid van de Verplichtstelling met het EU-recht. De regering voldoet dan immers met de Verplichtstelling niet aan de behoefte en verwachtingen van marktpartijen.

5.3 Het Septemberpakket

In het Septemberpakket van 24 september 2012 introduceert de Minister een viertal maatregelen die moeten bijdragen aan de overgang naar het nieuwe FTK per 2014.³¹⁷ Inmiddels heeft de staatssecretaris van SZW echter laten weten dat het niet haalbaar is het nieuwe FTK voor 1 januari 2015 in te voeren.³¹⁸ De overgangstermijn zal derhalve ten minste twee jaar duren. De vier aangekondigde maatregelen zijn de volgende:

1. Aanpassing van de rentecurve voor pensioenfondsen
2. Adempauze voor de eis dat de premie moet bijdragen aan herstel
3. Voorwaardelijke mogelijkheid tot maximering en spreiding noodzakelijke kortingen
4. Aanvullende voorwaarden bij maatregelen 2 en 3: aanpassen pensioenregeling per 2013

De doelstelling van het Septemberpakket is dat de kortingen op pensioenen in 2013 beperkt kunnen blijven tot de reeds aangekondigde kortingen, dat premiestijgingen zoveel mogelijk worden voorkomen, dat pensioenfondsen na afloop van de hersteltermijnen in 2013 weer over het minimaal benodigde vermogen beschikken en dat de pensioenregelingen vanaf 2013 weer toekomstbestendiger zijn.³¹⁹ Kortom, de aangekondigde maatregelen zijn van invloed op de hoogte van de dekkingsgraden, kortingen en pensioenpremies.³²⁰

Een van de verwachte gevolgen van de implementatie van de maatregelen in het Septemberpakket door pensioenfondsen is, dat kortingen op pensioenen in 2013 t/m 2015 vermeden of verminderd kunnen worden.³²¹ Indien de maatregelen in het Septemberpakket niet worden angewend, dan zullen de kortingen op pensioenen naar verwachting in 2013 circa 4,9% bedragen van de totale pensioenverplichtingen van de pensioenfondsen. In geval de maatregelen in het Septemberpakket wel zullen worden benut door de fondsen, is de verwachting dat de kortingen in april 2013 slechts 0,8% van de totale pensioenverplichtingen bedragen en in april 2014 0,7%.

Het uitgangspunt van de maatregelen in het Septemberpakket is, dat deze niet mogen leiden tot een onevenredige bevoordeling of benadeling van de verschillende generaties. De rekening mag derhalve niet worden doorgeschoven naar jongeren of toekomstige generaties, doordat bijvoorbeeld kortingen op pensioenen, die vanuit een evenwichtige behandeling van de verschillende groepen belanghebbenden moeten worden doorgevoerd, worden uitgesteld.³²²

³¹⁷ *Kamerstukken II 2012/13*, 32 043, nr. 129.

³¹⁸ Op 21 november 2012 meldde de Staatssecretaris SZW tijdens het congres van de Pensioenfederatie dat de invoering van het nieuwe FTK ten minste tot 1 januari 2015 zal worden uitgesteld.

³¹⁹ *Kamerstukken II 2012/13*, 32 043, nr. 129, p. 1 en 2.

³²⁰ *Kamerstukken II 2012/13*, 32 043, nr. 129.

³²¹ *Kamerstukken II 2012/13*, 32 043, nr. 129, p. 7.

³²² *Zie Kamerstukken II 2012/13*, 32 043, nr. 129, p. 2.

Het is aan pensioenfondsen en sociale partners om, mede op basis van de maatregelen in het Septemberpakket, oplossingen te zoeken voor de financiële situatie van de pensioenregelingen. Sociale partners worden in dat verband aangespoord te werken aan de totstandkoming van het nieuwe reële pensioencontract, dat naar verwachting per 2014 zal worden ingevoerd.³²³

Het CPB heeft voor het Ministerie van SZW in een notitie doorgerekend welke omvang de effecten zullen hebben.³²⁴ Deze effecten hangen mede af van de ontwikkeling van de in tijd fluctuerende marktrente.³²⁵ Het CPB heeft de effecten van het pakket voor de verschillende generaties in beeld gebracht. Op grond van deze berekeningen concludeert de Minister dat de maatregelen tezamen genomen niet eenzijdig voor de rekening van de jongeren of ouderen komen en dat de lusten en lasten van de maatregelen op een zo evenwichtige wijze over hen zijn verdeeld.³²⁶

De Minister is van oordeel dat de in het Septemberpakket opgenomen maatregelen geen wijzigingen vergen van de Pensioenwet, of de introductie van een algemene maatregel van bestuur.³²⁷ Hierdoor zou het volgens de Minister mogelijk moeten zijn de maatregelen al te betrekken bij het vaststellen van de pensioenpremies voor 2013.³²⁸ Het is echter maar de vraag of deze datum niet te vroeg komt voor de pensioenfondsen, gezien de hoeveelheid wijzigingen die moeten worden doorgevoerd en gecommuniceerd. De introductie van het FTK is in dat verband reeds verdaagd naar (ten minste) 2015. DNB heeft het beoordelingskader voor de wijze waarop aan de voorwaarden in het Septemberpakket dient te worden voldaan op 25 september 2012 op haar website gepubliceerd. In tien Q&A's licht DNB de maatregelen nader toe.³²⁹

In de onderstaande subparagrafen wordt de verwachte invloed van de maatregelen op de solidariteit en collectiviteit binnen de verplicht gestelde pensioenregelingen besproken. In dat verband wordt ook de stelling van de Minister besproken dat er sprake zou zijn van een evenwichtige verdeling van de maatregelen over de verschillende generaties. De laatste subparagraaf van paragraaf 4.6 bespreekt de mogelijke invloed van de maatregelen in het Septemberpakket op de verenigbaarheid met het communautaire mededingingsrecht en de vrijheid van diensten en vestiging.

5.3.1 Aanpassing van de rentecurve

Het eerste voorstel in het Septemberpakket is om voor pensioenfondsen de rentecurve voor zeer lange looptijden aan te passen met behulp van een *ultimate forward rate* van 4,2% ("UFR"). Deze maatregel was reeds door Minister Kamp aangekondigd in de Hoofddijnnnota FTK. De huidige reële rente ligt op dit moment sterk onder het historische gemiddelde.³³⁰ De reële rente is geënt op het gemiddelde rendement op overheidsobligaties in de tweede helft van

³²³ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 2.

³²⁴ CPB Notitie 2012 (Septemberpakket).

³²⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 2.

³²⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 8.

³²⁷ *Kamerstukken II* 2012/13, 32043, nr. 129, p. 4 ('Septemberpakket').

³²⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 32043, nr. 129, p. 4 ('Septemberpakket'). Aan de andere kant waarschuwt de Minister dat het daardoor niet mogelijk zal zijn om al in 2013 rekening te houden met de overige maatregelen in het nieuwe FTK die nog een wettelijke basis behoeven, zoals de beoogde dekkingsgraadmiddeling in het nieuwe FTK. Op 21 november 2012 maakte de Staatssecretaris tijdens het congres van de Pensioenfederatie bekend dat de invoering van het nieuwe FTK zal worden uitgesteld naar 1 januari 2015 (zie www.pensioenfederatie.nl).

³²⁹ Website DNB: <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2012/dnb279070.jsp>. Tien Q&A's betreffende het Septemberpakket, zoals laatstelijk geupdate op 12 oktober 2012: <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-226774.jsp#anchor-1>.

³³⁰ Website DNB: <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2012/dnb279070.jsp>. DNB geeft op haar website aan dat voor de UFR-curve per ultimo september 2012 bijvoorbeeld geldt dat de disconteringsrente voor verplichtingen met een looptijd van 60 jaar 3,3% bedraagt.

de vorige eeuw.³³¹ De lage(re) rentestand kan volgens het CPB deels worden verklaard door de vergrijzing in Nederland, met als gevolg de afname van de economische groei.³³² De introductie van de UFR zal ertoe leiden dat de rentecurve binnen een relatief korte termijn kunstmatig zal worden opgetrokken.

Door de introductie van de UFR van 4,2% wordt de rentecurve, die thans laag is, minder gevoelig voor verstoringen op de financiële markten en daardoor minder volatiel.³³³ Op basis van de huidige marktomstandigheden zal de actuele rekenrente voor lange looptijden immers vanaf het laatste liquide punt ("LLP") naar het niveau van de UFR toebewegen. De invoering van de UFR zal ertoe leiden dat het effect van hoge pieken en dalen in de rentestand wordt gedempt: als de marktrente in de toekomst hoger ligt dan de UFR, zal de rekenrente op zijn beurt lager uitkomen dan de marktrente. Dit zorgt voor minder beweeglijke dekkingsgraden. Naar verwachting zullen de stijgende dekkingsgraden het korten van pensioenen de komende jaren voorkomen of beperken. Kortom, met de invoering van de UFR wordt de marktwaardering kunstmatig gecorrigeerd en stijgt de rentecurve. Het gebrek aan liquiditeit op de markt voor lange looptijden (≥ 20 jaar) zal naar verwachting verminderen.³³⁴

De vormgeving van de UFR voor pensioenfondsen wordt als volgt voorgesteld in het Septemberpakket. De marktrenten voor langere looptijden (≥ 20 jaar) zullen geleidelijk over een periode van 40 jaar worden aangepast op grond van een UFR 20-60. De UFR voor pensioenfondsen binnen het eurogebied dient daarbij toe te bewegen naar 4,2%. Deze maatregel zal erin resulteren dat de *forward* rente voor pensioenfondsen in een relatief korte periode wordt verhoogd naar een gekozen semi-vast niveau. Hiervoor wordt de rentetermijnstructuur aangepast, die voor verschillende looptijden aangeeft wat de bijbehorende rente op leningen is, voor zover deze zich buiten het laatste liquide punt ("LLP") bevindt. De markt functioneert nog volledig tot het LLP (≥ 20 jaar) en wordt vanaf het LLP minder betrouwbaar. De reden hiervoor is dat er vanaf dat punt onvoldoende marktpartijen zijn en daardoor is er onvoldoende informatie over de rentecurve beschikbaar. De rechtvaardiging die voor de kunstmatige ophoging van de rentecurve wordt aangedragen, is dat de markt de toekomstige rente waarschijnlijk te laag inschat gezien de beschikbare informatie over de *forward* rente uit het verleden. Door de introductie van de UFR 20-60 wordt een correctie doorgevoerd ten aanzien van de marktwaardering, waardoor de *forward* rente zal stijgen. Verondersteld wordt dat de *forward* rente in de toekomst zal toegroeien naar 4,2% na 60 jaar. Daarvan wordt vervolgens een gecorrigeerde rentetermijnstructuur afgeleid, die in een langzamer tempo zal toebewegen naar 4,2%.³³⁵ Na een periode van 60 jaar is de verwachting dat deze rentetermijnstructuur ongeveer 3,3% zal bedragen. De aanpassing van de rentecurve is niet van invloed op verplichtingen die een looptijd tot en met 20 jaar hebben. Ook de driemaandsrentemiddeling zal worden gehandhaafd voor pensioenfondsen.

5.3.1.1 De UFR en de Solvency II Richtlijn

De keuze voor het introduceren van de UFR heeft de volgende (fiscale) achtergrond. In de Solvency II Richtlijn voor verzekeraars is reeds gekozen voor het hanteren van een UFR van 4,2%. Er wordt uitgegaan van een inflatie van 2% en een reële rente van 2,2%; tezamen 4,2%. De huidige reële rente ligt op dit moment sterk onder dat gemiddelde,³³⁶ hetgeen leidt tot lage dekkingsgraden bij pensioenfondsen.

³³¹ In CPB Notitie 2012 verwijst het CPB op pagina 4 ter onderbouwing naar naar Dimson, Marsh en Staunton 2002, waarvan een aantal conclusies zijn weergegeven in: Credit Suisse Global Investment Returns Yearbook 2010.

³³² CPB Notitie 2012, p. 4.

³³³ Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 3.

³³⁴ CPB Notitie 2012 (Septemberpakket), p. 4.

³³⁵ Zie ook Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 134.

³³⁶ Website DNB: <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2012/dnb279070.jsp>. Voor de UFR-curve per ultimo september 2012 geldt dat de disconteringsrente voor verplichtingen met een looptijd van 60 jaar 3,3% bedraagt.

In het Septemberpakket is ervoor gekozen om bij het berekenen van de verplichtingen van het pensioenfonds aan te sluiten bij de UFR die sinds 30 juni 2012 voor verzekeraars geldt. Een van de argumenten is in dat verband, dat bij het vaststellen van de marktwaarde van pensioenverplichtingen – waaronder pensioenuitkeringen –, de marktwaarde voor alle partijen op de pensioenverzekeringsmarkt gelijk moeten zijn. Anders is er geen sprake van marktwaarde.³³⁷ Tegen deze argumentatie kan worden ingebracht dat de Nederlandse regering nu juist – terecht – heeft betoogd in het kader van het Witboek Pensioenen, dat de Nederlandse pensioenuitvoerders niet onder het toezichtsregime van verzekeraars dienen te vallen. De aanvullende pensioenen verschillen immers vanwege hun sociale aard en doelstelling van (doorsnee) verzekeringsproducten. Het Solvency II kader zou daarom niet van toepassing moeten worden verklaard op Nederlandse pensioenuitvoerders, door een aanpassing van de IORP-Richtlijn (zie §4.7.6.2).

Een andere kanttekening is dat de risicovrije rentecurve wordt afgeleid uit marktinformatie van voldoende liquide markten. De marktinformatie wordt echter vanaf het LLP ($LLP \geq 20$ jaar) steeds minder betrouwbaar. In het Septemberpakket wordt daarom voor het berekenen van de rekenrente de marktrente vanaf het LLP steeds minder meegewogen en de UFR steeds meer. Deze rekenmethode wijkt echter af van de in de Solvency II Richtlijn beoogde rekenmethode. In de Solvency II Richtlijn zal vanaf het LLP de berekening namelijk niet meer worden gebaseerd op marktinformatie wegens het gebrek daaraan. De berekening van de marktwaarde zal daardoor voor de verschillende partijen op de pensioenverzekeringsmarkt uiteen lopen, met als gevolg dat de marktwaarde lastig, of niet te bepalen is. De Minister heeft in de brief over het Septemberpakket aangegeven dat DNB rekening zal houden met de praktische problemen die pensioenfondsen kunnen ondervinden bij het afdekken van het renterisico als gevolg van mogelijke verstoringen rond het LLP. De uitvoeringskosten en administratieve lasten die zal optreden door de renteafdekking, worden bijvoorbeeld beperkt.³³⁸ Voorts benadrukt de Minister dat voor de uiteindelijke vormgeving van het nieuwe FTK, waar de versnelde invoering van de UFR onderdeel van is, dat de vormgeving van Solvency II mede bepalend zal zijn voor de UFR en er derhalve nog wijzigingen kunnen optreden. De Minister deelt mede dat DNB uiterlijk bij de invoering van de aangepaste rentecurve op haar website verdere (technische) informatie verschaffen over de rentecurve.

5.3.1.2 Effecten op kortingen en premie door invoering UFR

Op 25 april 2013 heeft DNB in een nieuwsbericht aangegeven dat 66 pensioenfondsen pensioenen hebben gekort per 1 april 2013.³³⁹ Eerder was het nog de verwachting dat 103 fondsen over zouden moeten gaan tot korten. Deze positieve ontwikkeling is te danken aan het herstel van de dekkingsgraad. Dit herstel is ingevolge DNB veroorzaakt door de gunstige ontwikkelingen op de aandelenmarkten en aan de introductie van de UFR. Het herstel van de dekkingsgraden is voor 3 procentpunt toe te schrijven aan de UFR die door fondsen is gebruikt bij de berekening van de waarde van de pensioenverplichtingen op de langere termijn.³⁴⁰

³³⁷ Zie bijvoorbeeld de website van Syntrus Achmea: http://www.syntrusachmea.nl/Markt_en_opinie/nieuws/UFR-unifor-faire-markt-rente-of-ultiem-funeste-regelgeving.aspx

³³⁸ CPB Notitie 2012, p. 4. De Minister benadrukt dat met dergelijke kostenbeperkende maatregelen niet wordt beoogd de hoogte van de dekkingsgraden te beïnvloeden.

³³⁹ DNB nieuwsbrief 2013 (1) en DNB nieuwsbrief 2013 (2). Ultimo 2012 verwachtte DNB nog dat 103 pensioenfondsen zouden moeten korten op de pensioenen in april 2013. In februari 2013 gaf DNB aan dat dit cijfer was gedaald tot 68 pensioenen. Uiteindelijk hebben 66 fondsen daadwerkelijk gekort op de pensioenen per april 2013. Twee pensioenfondsen ontsprongen de dans, doordat de werkgever bijstortingen verrichtte.

³⁴⁰ Zie DNB 2013.

Het CPB had overigens eerder nog gepubliceerd dat de introductie van de UFR geen effect zou hebben op de aangekondigde kortingen van circa 1% in 2013, maar pas op de kortingen in 2014. Het CPB meldde daarover: “bij een UFR 30-90 zal de introductie van de UFR in 2014 leiden tot een gemiddelde korting van 0,6%-punt, bij een UFR 20-60 betekent dit een korting van 2,5%-punt en bij een UFR 20-30 een korting van 3,3%-punt. Voor een gemiddeld pensioenfonds zal dit betekenen dat de premie door de invoering van de UFR in 2013 bij een UFR 30-90 daalt met 0,5%-punt. Bij een UFR 20-60 zal de premie met 2,1%-punt dalen en bij een UFR 20-30 met 2,8%-punt”. De Minister merkte in dit verband op dat de introductie van de UFR mogelijk ruimte zou creëren om de pensioenpremies te verlagen, maar dat het gezien de financiële situatie van pensioenfondsen onwenselijk zou zijn als de pensioenpremies de komende tijd zullen worden verlaagd.³⁴¹

5.3.1.3 Generatie effecten

Een kanttekening die het CPB plaats bij het hanteren van een UFR van 4,2% is de volgende. Uit de studie van Dimson, Marsh en Staunton³⁴² komt naar voren dat de reële rente langdurige en substantieel kan afwijken van het gemiddelde over de lange termijn en dat het eerder is voorgekomen dat de rente na een financiële crisis langdurig laag blijft. De UFR zou daarom volgens het CPB eerder moeten worden vastgesteld op een percentage onder de 4, dan boven de 4. Kortom, het CPB vindt een UFR van 4,2% niet geheel realistisch gekozen. Het CPB wijst in dat verband op de Hoofdpijnennotitie van SZW waarin het Ministerie onderkent dat het van belang is dat de UFR realistisch blijft. Voorts overweegt de Minister ingevolge het CPB om na 2013 een commissie, bestaande uit externe deskundigen te consulteren over de UFR.³⁴³

Het CPB heeft het generatie-effect van de invoering van de UFR doorberekend, ervan uitgaande dat de UFR objectief en realistisch wordt vastgesteld. Het CPB komt tot het oordeel dat de invoering van de UFR resulteert in een herverdeling in marktwaarde in het **voordeel** van oudere werknemers en in het **nadeel** van jongere en/of toekomstige deelnemers.³⁴⁴ Hierbij is gerekend met verschillende UFR waarden. Het CPB geeft de volgende toelichting: “Het voordeel voor de huidige oudere generaties loopt op van 1% bij UFR 30-90 tot respectievelijk 3% bij UFR 20-60 en 4% bij UFR 20-30. Het grootste voordeel ligt bij de generaties geboren rond 1950-1960. Voor een deelnemer in deze generaties met een modaal inkomen stijgt de waarde van de pensioentoezegging over de gehele pensioenperiode met ongeveer 2 dzd euro (bij UFR 30-90), 5 dzd euro (bij UFR 20-60) en 7 dzd euro (bij UFR 20-30)”.³⁴⁵ De uitkomst van deze berekening is gebaseerd op de volgende aannames van het CPB:

1. *De UFR heeft effect op het premiebeleid:* bij een dekkingstekort zal volgens het CPB sprake zijn van een lagere premie. Dit effect werkt door in het nadeel van de oudere generaties: circa 0,5%-punt bij een UFR van 30-90 tot 1,5%-punt bij een UFR van 20-30. Het CPB wijst er voorts op dat, indien het effect van de UFR op het premiebeleid niet zou mogen worden meegenomen, dit voordeel juist ten goede zou komen aan de oudere generaties.³⁴⁶
2. *De UFR heeft alleen een drukkend effect op de premie in geval van dekkingstekort:* ingeval de UFR ook een drukkend effect heeft bij een dekkingstekort, dan gaan de huidige jongere werknemers er toch nog licht op vooruit en zijn het alleen de toekomstige deelnemers die erop achteruit gaan.

³⁴¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 32043, nr. 129, p. 4 ('Septemberpakket').

³⁴² Dimson, Marsh en Staunton 2002 in: Credit Suisse Global Investment Returns yearbook 2010.

³⁴³ CPB Notitie 2012, p. 5. Zie ook het persbericht op de website van de Pensioenfederatie d.d. 24 september 2012, waarin wordt opgeroepen tot het voeren van een fundamentele discussie bij de keuze voor een specifieke rentecurve, die geschikt dient te zijn als “gelooftwaardige indicator voor de huidige financiële situatie van pensioenfondsen”.

³⁴⁴ CPB notitie 2012, p. 5.

³⁴⁵ CPB Notitie 2012, p. 5.

³⁴⁶ CPB Notitie 2012, p. 5.

Ik ga er in dit onderzoek van uit dat de aannames van het CPB bij het berekenen van de verschillende effecten juist zijn. Deze aannames zijn dat rekening mag worden gehouden met het effect van de UFR op het premiebeleid en dat de UFR alleen een drukkend effect heeft op de premie ingeval sprake is van een dekkingstekort. Uit het voorgaande volgt dan dat oudere generaties beduidend worden bevoordeeld door de introductie van de UFR – de waarde van een pensioentoezegging van een oudere deelnemer wordt afhankelijk van de gekozen UFR tot EUR 7.000 meer waard – en ten nadele van de jongere generaties. Hierdoor neemt de intergenerationele solidariteit toe binnen de verplicht gestelde pensioenfondsen.

Het is inherent aan het systeem van het Nederlandse systeem van Verplichtstellingen dat de jongere generaties deelnemers meer solidair zijn met de oudere generaties, dan andersom. Dat gebeurt veelal op momenten dat zich negatieve schokken op de markt voordoen. Het feit dat de jongere generaties deelnemers worden benadeeld door de introductie van de UFR, ten opzichte van de oudere generaties, is daarom op zichzelf nog geen verboden maatregel.

Het is aan een pensioenfondsbestuur om de belangen van de verschillende generaties binnen een verplicht gestelde pensioenregeling evenwichtig te behartigen (art. 105 lid 2 PW; ‘proportionaliteitstoets’). Sociale partners hebben op hun beurt de taak om de inhoud van de pensioenregeling overeen te komen en daarbij hun achterban te vertegenwoordigen. Indien slechts één maatregel wordt doorgevoerd uit het Septemberpakket, die leidt tot een (aanzienlijke) herverdeling van de marktwaarde van de pensioentoezegging, zullen de benadeelden op grond van artikel 105 lid 2 PW eerder kunnen stellen dat hun belangen niet evenwichtig zijn vertegenwoordigd, dan wanneer een dergelijke maatregel als onderdeel van een totaalpakket aan maatregelen moeten worden gezien, dat zowel de belangen van de jongere generaties als de belangen van de oudere generaties behartigd.

De Nederlandse wetgever is verantwoordelijk voor de evenwichtige vormgeving van de inhoud van het Septemberpakket. Dit kader dient onder meer te voldoen aan dwingendrechtelijke nationale bepalingen, zoals die betreffende de gelijke behandeling op grond van leeftijd en de regels van het communautaire mededingingsrecht en het vrij verkeer van goederen en diensten. In paragraaf 4.6 zal worden besproken of er bij het totaalpakket aan maatregelen sprake is van een toename van de intergenerationele solidariteit en zo ja, of deze van invloed kan zijn op de verenigbaarheid van het verplicht gestelde stelsel van pensioenen met bovengenoemde regels uit het EU-recht.

5.3.1.3.1 Onterechte bevoordeling of benadeling?

Een kritische kanttekening die bovenstaan reeds is vermeld, is de volgende. Ingeval de UFR onvoldoende objectief wordt vastgesteld en onvoldoende aansluit bij de feitelijke marktontwikkelingen, in plaats van bij de verwachte marktontwikkelingen, kan dit ongewenste effecten hebben. Bijvoorbeeld op het economische risicobeheer van pensioenfondsen. Een ander effect kan zijn dat bepaalde generaties onterecht zullen worden bevoordeeld of benadeeld. Te denken valt aan de situaties waarin een fonds zich niet (meer) in onderdekking bevindt doordat de hoogte van de UFR te hoog is vastgesteld en bovendien onrealistisch blijkt te zijn geweest. Indien dit achteraf wordt vastgesteld, kan het resultaat zijn dat in enig jaar geen kortingen op pensioenen zijn doorgevoerd en er alsnog moet worden gekort, waardoor oudere generaties worden bevoordeeld ten opzichte van de (toenmalige) jongere generaties, omdat de oudere generaties ten onrechte geen korting voor de kiezen hebben gekregen. Voorts kan het gevolg van een onrealistisch vastgestelde UFR zijn dat de premies voor dat jaar te hoog waren vastgesteld, waardoor de jongere generaties zijn bevoordeeld. De UFR zal derhalve op voldoende objectieve gronden moeten worden vastgesteld en moeten worden gemonitord.

Het is op dit moment onduidelijk welke (wettelijke) waarborgen de Minister wil bieden aan de (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden in verplicht gestelde pensioenregelingen, als achteraf wordt vastgesteld dat sprake is geweest van onterechte bevoordeling van de ene generatie ten opzichte van de andere. Ook is onduidelijk of en op welke wijze de pensioenfondsen een dergelijke onterechte bevoordeling – bij de introductie van de UFR bestaande uit al dan niet gekorte pensioenen en te hoog of te laag vastgestelde premies - teniet zullen moeten doen en wie daarvoor de kosten draagt. Hier zal de Minister nadere gedachten aan moeten wijden. Voorts is niet geregeld op welke wijze eventuele onterechte effecten op de pensioenopbouw of pensioenrechten ongedaan moeten worden gemaakt. Indien het pensioenfonds debet is geweest aan de onterechte bevoordeling, is het de toezichthouder op grond van artikel 152 PW immers niet toegestaan om in de beoordeling van de individuele rechtsverhouding tussen de pensioenuitvoerder en de aanspraak- of pensioengerechtigden te treden. In de Pensioenwet is daarentegen wel opgenomen dat een rechtsvordering jegens een pensioenuitvoerder tot het doen van een uitkering niet verjaart bij leven van de pensioengerechtigden (zie art. 59 PW). Benadeelden kunnen zich op dit artikel beroepen, indien is komen vast te staan dat hun uitkering ten onrechte te laag is bijgesteld. Indien herberekeningen van de pensioenen echter onnodig lang op zich laten wachten, kunnen hercalculaties (te) complex worden en wordt aan de pensioengerechtigden de mogelijkheid ontnomen om tijdig te anticiperen op een neerwaartse bijstelling van het pensioen.

Gezien het voorgaande meen ik dat het van groot belang is dat aan bovenstaande punten aandacht wordt besteed door de Minister. Het zou niet zo mogen zijn dat, indien de UFR achteraf onrealistisch blijkt te zijn geweest, de UFR weliswaar wordt bijgesteld, maar geen premie correctie of correctie van de waarde van de opgebouwde pensioenen zal plaatsvinden voor degenen die ten onrechte zijn bevoordeeld of benadeeld.

5.3.2 Adempauze voor de eis dat de premie moet bijdragen aan herstel

De tweede maatregel in het Septemberpakket die moet bijdragen aan een toekomstbestendiger pensioenstelsel, is de mogelijkheid voor pensioenfondsen om gebruik te maken van een zogenaamde ‘adempauze’ van een jaar bij de premiestelling.³⁴⁷ Pensioenfondsen die in onderdekking verkeren en derhalve een feitelijke premie moeten vaststellen die bijdraagt aan het herstel van de dekkingsgraad tot ten minste 105%, mogen van DNB in 2013 een beperktere premiestijging doorvoeren indien zij cumulatief aan de volgende voorwaarden voldoen:

1. De adempauze wordt benut voor een structurele verbetering van de financiële opzet. Bij de beoordeling van de financiële opzet zal DNB in ieder geval de premiedekkingsgraad betrekken. Indien deze erg laag is, wordt uitgegaan van een structureel probleem met de financiële opzet. Er wordt dan geen adempauze verleend door DNB ten behoeve van de premiestelling voor 2013.³⁴⁸ De verleende adempauze kan er anders toe leiden dat er nieuwe dekkingstekorten ontstaan.
2. In 2011 en/of 2012 is geen gebruik gemaakt van een adempauze door het pensioenfonds.
3. Het pensioenfonds hoeft geen pensioenen te korten in 2013.
4. De pensioenregeling moet voor 1 januari 2013 worden aangepast aan de maatregelen, zoals besproken in paragraaf 5.3.4.

³⁴⁷ *Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 3 en 4* ('Septemberpakket'). Deze maatregel is tot stand gekomen in overleg met DNB. Het CPB vermeldt in zijn CPB Notitie aan het Ministerie van SZW d.d. 24 september 2012, *Aanpassing toezicht pensioenfondsen (Septemberpakket)*, p. 6, dat de premieverhoging op korte termijn slechts beperkte effecten heeft op de dekkingsgraad en dat het derhalve de vraag is of het verhogen van de pensioenpremie op dit moment de optimale reactie is.

³⁴⁸ *Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 4* ('Septemberpakket').

Indien een pensioenfonds niet voldoet aan alle voorwaarden voor de adempauze in 2013, heeft het nog de mogelijkheid om DNB vóór 2014 schriftelijk en onderbouwd te verzoeken **maatwerk** toe te passen bij de beoordeling van de eis dat de premie moet bijdragen aan herstel.³⁴⁹ DNB kan dan besluiten (deels) adempauze te verlenen. DNB geeft in Q&A (4) inzake het Septemberpakket op zijn website aan dat met ‘maatwerk’ tegemoet wordt gekomen aan de pensioenfondsen die zich maximaal hebben ingespannen voor een sluitende financiële opzet en geen structureel problemen hebben in de opzet.³⁵⁰ Om in aanmerking te kunnen komen voor maatwerk, dienen de desbetreffende pensioenfondsen de pensioenregeling uiterlijk op 1 januari 2013 te hebben aangepast aan de maatregelen 3 en 4 in het Septemberpakket.³⁵¹ Ik merk hier op dat aan een aantal van deze eisen, niet snel tijdig zal worden voldaan en dat de inwerkingtreding van de eisen die worden opgenomen in het nieuwe FTK zijn uitgesteld tot (ten minste) 2015. Ik verwacht dat de pensioenfondsen ook op andere fronten meer tijd zullen krijgen om de pensioenregeling aan te passen.

5.3.2.1 Effecten adempauze in 2013

De mogelijkheid voor pensioenfondsen om onder voorwaarden gebruik te kunnen maken van een adempauze in 2013, heeft effect op de hoogte van de premiestijging en leidt tevens tot een herverdeling van de marktwaarde.

5.3.2.1.1 Effecten op pensioenpremies

Op basis van de rentestand van 30 juni 2012 verkeerden er 144 pensioenfondsen die in onderdekking.³⁵² In totaal bedraagt het premietekort voor deze fondsen 3,8 miljard. Van de voornoemde 144 fondsen voldeden er 96 niet aan de criteria om in aanmerking te komen voor een adempauze, vanwege de reden dat zij al een adempauze hebben gebruikt of naar verwachting zouden moeten gaan korten (uiteindelijk hebben 70 fondsen daadwerkelijk in april 2013 de pensioenen gekort). Deze fondsen kunnen mogelijk nog wel in aanmerking komen voor maatwerkoplossingen. Het CPB schat in dat ongeveer de helft van de pensioenfondsen, op basis van hun technische voorzieningen, in aanmerking komt voor het verlenen van een adempauze.³⁵³

Ingevolge de berekeningen die zijn opgenomen in het Septemberpakket, leidt de adempauze ertoe, tezamen met introductie van de UFR en de verhoging van de pensioenleeftijd, dat een beperkter aantal pensioenfondsen in 2013 een premiestijging zal moeten doorvoeren.³⁵⁴ Naar schatting gaat het om ongeveer 30 pensioenfondsen die een premiestijging van in totaal circa EUR 0,2 miljard zullen moeten doorvoeren in 2013.³⁵⁵ Zonder de introductie van de adempauze zou de pensioenpremie naar schatting ruim 2%-punt hoger zijn.³⁵⁶

³⁴⁹ *Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 4* ('Septemberpakket'). De Minister wijst er op dat pensioenfondsen die niet in aanmerking komen voor de adempauze, de premiestijging ook (deels) kunnen voorkomen door bijvoorbeeld alvast de pensioenrichtleeftijd te verhogen.

³⁵⁰ Website DNB <http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2012/dnb279070.jsp.10> Q&A's betreffende het Septemberpakket, zoals laatstelijk ge-update op 12 oktober 2012: <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-226774.jsp#anchor-5>.

³⁵¹ *Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 4* ('Septemberpakket').

³⁵² *Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 4* ('Septemberpakket').

³⁵³ CPB Notitie 2012, p. 6.

³⁵⁴ *Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 6* ('Septemberpakket'). Van deze berekening maken de pensioenfondsen die vanwege bijstortingen of overeengekomen herstellpremies de premies zullen moeten verhogen geen deel uit.

³⁵⁵ CPB Notitie 2012, p. 6.

³⁵⁶ CPB Notitie 2012, p. 6.

5.3.2.1.2 Generatie-effecten

De adempauze voor de premiestelling in 2013 zal leiden tot een herverdeling van de marktwaarde.³⁵⁷ Deze herverdeling is in het voordeel van de jonge deelnemers in pensioenregelingen en ten nadele van de huidige gepensioneerden.³⁵⁸ Ingevolge de berekeningen van het CPB zal de waarde van de toekomstige pensioenuitkeringen van de huidige gepensioneerden afnemen met iets minder dan 0.5%, in het voordeel van de huidige jonge deelnemers. De intergenerationele solidariteit van de oudere generaties ten opzichte van de jongere generaties neemt derhalve licht toe.

In paragraaf 5.3.5 wordt tezamen met de andere maatregelen in het Septemberpakket besproken of de toename van de intergenerationele solidariteit naar verwachting effect zal hebben op de legitimiteit van de Verplichtstelling, vanuit mededingingsrechtelijk opzicht en met het oog op het vrij verkeer van diensten.

5.3.3 Voorwaardelijke mogelijkheid tot maximeren en uitspreiden kortingen

De vierde maatregel in het Septemberpakket is de mogelijkheid voor pensioenfondsen om de korting te maximeren en uit te spreiden over de jaren 2013 t/m 2015. De aanleiding van de maatregel is de volgende. De dekkingstekorten van veel pensioenfondsen zijn ontstaan in 2008. Ultimo 2013 loopt de hersteltermijn van deze fondsen af en dienen de dekkingsgraad weer ten minste (circa) 105% te bedragen.³⁵⁹ Deze verplichting kan door een wezenlijk aantal fondsen alleen worden behaald wanneer in 2013 op de pensioenen van actieven en gepensioneerden wordt gekort. Het spreiden en maximeren van kortingen voorkomt dat pensioenfondsen aan het einde van de hersteltermijn (ultimo 2013) direct vergaande kortingen moeten doorvoeren, terwijl door een aantal fondsen reeds in april 2013 is gekort.³⁶⁰ Pensioenfondsen die op basis van de rentestand op 31 december 2012 ingrijpend op de pensioenen moeten korten in 2013, hebben de volgende mogelijkheden gekregen van DNB om de kortingen te beperken en uit te spreiden over de jaren 2013, 2014 en 2015.³⁶¹

1. Het onvoorwaardelijk inboeken van de korting die bij de afloop van de hersteltermijn in het korte termijn herstelplan nodig is om de minimaal vereiste dekkingsgraad te voldoen en gespreid te effectueren;
2. Gespreide effectuering van de korting op basis van de rentestand per 31 december 2013, door middel van:
 - a. een korting van maximaal 7% per 1 april 2013³⁶²; en
 - b. voor het meerdere een korting van maximaal 7% per 1 april 2014; en
 - c. het meerdere uiterlijk per april 2015 effectueren, zonder dat daaraan een maximum percentage is verbonden.

³⁵⁷ CPB Notitie 2012, p. 6.

³⁵⁸ CPB Notitie 2012, p. 6.

³⁵⁹ In 2009 is aan de pensioenfondsen de mogelijkheid geboden een hersteltermijn van vijf jaar aan te houden in het langetermijnherstelplan, in plaats van een periode van drie jaar. Deze herstelperiode loopt ultimo 2013 af. De minimaal te behalen dekkingsgraad verschilt per fonds.

³⁶⁰ Regeling van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 14 november 2012, AV/PB/2012/16337, tot wijziging van de Regeling Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met het septemberpakket (*Stcrt.* 22 november 2012, 23857), p. 2.

³⁶¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 6 ('Septemberpakket'), p. 4.

³⁶² DNB had begin 2013 reeds bekend gemaakt dat de fondsen die in april 2013 zouden moeten korten deze korting mochten beperken tot 7%, onder de voorwaarde dat het resterende deel van de korting voor 2014 wordt doorgevoerd. Aan deze voorwaarde hoeft ingevolge de maatregel in het Septemberakkoord niet langer te worden voldaan.

3. De gespreide kortingen worden ook doorgevoerd indien de dekkingsgraad van een pensioenfonds verbetert na 2013.
4. De pensioenregeling moet voor 1 januari 2013 worden aangepast aan de maatregelen, zoals besproken in paragraaf 5.3.4.

De kortingen hebben alleen betrekking op de pensioenaanspraken en pensioenrechten die in het jaar 2013 zijn opgebouwd. De pensioenopbouw in 2014 en 2015 blijft voor deze maatregel –het maximeren en spreiden van kortingen – buiten beschouwing. Artikel 6a van de Regeling Pensioenwet is in lijn met het voorgaande per 1 januari 2013 gewijzigd, zodat helder is op welke wijze met de gemaximeerde en gespreide kortingen moet worden omgegaan.³⁶³

DNB berichtte op 25 april 2013 dat 66 pensioenfondsen kortingen hebben doorgevoerd op de pensioenen in april 2013.³⁶⁴ Dit aantal was flink lager dan de in september 2012 geprognosticeerde 103 pensioenfondsen. Het herstel van de dekkingsgraden is volgens DNB veroorzaakt door de gunstige ontwikkelingen op de aandelenmarkten en de introductie van de UFR (3 procentpunt).³⁶⁵ 18 Pensioenfondsen hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de korting te maximeren op 7 procent. Er is 1 fonds dat meer dan 7 procent heeft gekort. Onder de fondsen die kortingen hebben doorgevoerd bevinden zich grote bedrijfstakpensioenfondsen zoals het ABP, PME en PMT.³⁶⁶ Eerder was het nog de verwachting dat 103 pensioenfondsen zouden moeten overgaan tot korten en dat de korting procentueel hoger zou uitvallen. De totale gewogen korting die in april 2013 is doorgevoerd bedraagt 1,9 procent. Door deze kortingsmaatregel zijn de pensioenen van circa 2 miljoen actieven, 1,1 miljoen gepensioneerden en 2,5 miljoen slapers geraakt. DNB heeft bij de pensioenfondsen die kortingen hebben doorgevoerd getoetst of het bestuur van het pensioenfonds bij de verdeling van de korting over (gewezen) deelnemers en gepensioneerden een evenwichtige belangenafweging heeft gemaakt.³⁶⁷

Het is thans de verwachting dat 37 pensioenfondsen in 2014 een korting zullen moeten doorvoeren om uit de onderdekking te kunnen komen of blijven. Het hangt van de ontwikkeling van de dekkingsgraad in 2013 af hoeveel fondsen werkelijk zullen moeten korten. De hoogte van de rente is in dat verband een belangrijke factor, aangezien deze de waardering van de verplichtingen en behaalde rendementen van een pensioenfonds bepaalt. Een stijgende rente of een hoger rendement dan werd verwacht in het herstelplan, kan leiden tot procentueel lagere kortingen en minder fondsen die over moeten gaan tot het korten op pensioenen. De pensioenfondsen mogen de korting wederom maximeren op 7% indien zij blijven voldoen aan de voorwaarden uit het Septemberpakket.³⁶⁸ In 2014 zullen naar de verwachting van DNB de door te voeren kortingen de pensioenen van 1,3 miljoen actieve deelnemers, 0,7 miljoen gepensioneerden en 1,1 miljoen slapers raken.³⁶⁹ De gewogen gemiddelde korting voor deze fondsen bedraagt naar verwachting circa 1,7 procent.

5.3.3.1 Generatie-effecten maximering en spreiding kortingen

Het CPB heeft berekend dat het maximeren van de kortingen tot 7% in 2013 en 2014 zal resulteren in ‘enige herverdeling in marktwaarde’. De huidige gepensioneerden worden door deze maatregel bevoordeeld, doordat de waarde van hun pensioentoezegging met minder dan

³⁶³ Stcrt. 2012, 23857. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 5.

³⁶⁴ DNB nieuwsbrief 2013 (1) en DNB nieuwsbrief 2013 (2). Ultimo 2012 verwachtte DNB nog dat 103 pensioenfondsen zouden moeten korten op de pensioenen in april 2013. In februari 2013 gaf DNB aan dat dit cijfer was gedaald tot 68 pensioenen. Uiteindelijk hebben 66 fondsen daadwerkelijk gekort op de pensioenen per april 2013. Twee pensioenfondsen ontsprongen de dans, doordat de werkgever bijstortingen verrichtte.

³⁶⁵ DNB nieuwsbrief 2013 (1).

³⁶⁶ Pensioenfederatie 2012 (1).

³⁶⁷ DNB nieuwsbrief 2013 (2).

³⁶⁸ DNB nieuwsbrief 2013 (1).

³⁶⁹ DNB nieuwsbrief 2013 (2).

1% zal toenemen, ten koste van de jongere generaties (toekomstige) deelnemers.³⁷⁰ De stelling dat het korten van pensioenen de oudere generaties procentueel zwaarder treft dan de jongeren is derhalve onjuist. Wel is juist dat de ouderen doorgaans minder mogelijkheden zullen hebben dan jongeren om de verlaging van de pensioenen nog op te vangen.

5.3.4 Aanvullende voorwaarden bij maatregelen 2 en 3

Pensioenfondsen kunnen DNB alleen verzoeken maatwerk toe te passen bij de beoordeling van de bijdrage-aan-herstel-eis (onderdeel maatregel 2) of gebruik maken van de mogelijkheid tot het maximaliseren en spreiden van de korting in 2013 (maatregel 3), indien zij de pensioenregeling vóór 2013 op een aantal punten aanpassen.³⁷¹ Het gaat om de volgende aanpassingen:

1. Ophogen van de pensioenrichtleeftijd naar 67 jaar en/of aanpassing van de pensioenopbouw in anticipatie op het Witteveenkader dat inwerking zal treden in 2014.
2. Introductie pseudo-levensverwachtingsaanpassingsmechanisme ("pseudo-LAM"), op grond waarvan een recht op indexatie zich aanpast aan onverwachte veranderingen in de levensverwachting.
3. Introductie normdekkingsgraad van minimaal 110% voor het indexeren van pensioenen en aanpassing van de parameters voor het bepalen van het vereist eigen vermogen ("VEV"), vooruitlopend op het nieuwe FTK.

5.3.4.1 Anticipatie aanpassing Witteveenkader en generatie-effecten

De eerste aanpassing van de pensioenregeling per 1 januari 2013, betrof het in overeenstemming brengen van de pensioenregeling met de regels in het Witteveenkader, zoals van kracht vanaf 1 januari 2014, met uitzondering van de maximale opbouwpercentages.³⁷² Het Witteveenkader betreft fiscale regels ten aanzien van de aftrekbaarheid van het aanvullende pensioen.

Het bovenstaande betekent dat de pensioenrichtleeftijd per 1 januari 2013 diende te worden opgehoogd naar 67 jaar en dat de pensioenopbouw moest worden versoberd.³⁷³ De pensioenrichtleeftijd van 67 jaar diende voorts te worden gekoppeld aan de ontwikkeling van de levensverwachting. In afwijking van de verhoging van de AOW-leeftijd, zal de pensioenrichtleeftijd steeds in stappen van een jaar worden opgehoogd. In 2014 worden de maximale opbouwpercentages voor eindloonregelingen verlaagd van 2% naar 1,9%, en voor middelloonregelingen van 2,25% naar 2,15%. Voorts worden de beschikbare premiestaffels aangepast. De maximale opbouwpercentages voor nabestaandenpensioenen worden in evenredige zin aangepast.

De versobering van de pensioenopbouw zal in 2013 leiden tot een daling van de kostendeckende premie en kan een premiestijging als gevolg van de lage rentestand beperken.³⁷⁴ Pensioenaanspraken die zijn opgebouwd vóór 2013 worden niet gewijzigd door deze maatregel. De versobering van de pensioenopbouw zal ingevolge het CPB in 2013 resulteren in verwaarloosbare effecten voor de verschillende generaties.³⁷⁵ De lagere

³⁷⁰ CPB Notitie 2012, p. 5 en 6.

³⁷¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 5. Zie ook het aangepaste artikel 6a van de Regeling Pensioenwet (*Stcrt.* 2012, nr. 23857).

³⁷² Q&A 8 bij het Septemberpakket: <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-226774.jsp#anchor-9>.

³⁷³ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 6; en CPB Notitie 2012, p. 6. De wetgever biedt de pensioenuitvoerders fiscaal de mogelijkheid om de pensioenregeling aan de nieuwe pensioenrichtleeftijd aan te passen door de zogenaamde 100%-begrenzing in de loonbelasting niet van toepassing te verklaren voor de collectieve aanpassing van opgebouwde pensioenaanspraken aan de nieuwe pensioenrichtleeftijd.

³⁷⁴ CPB Notitie 2012, p. 6.

³⁷⁵ CPB Notitie 2012, p. 6 en 7.

pensioenpremie zal enerzijds in het voordeel van de jongere generaties zijn, maar anderzijds leiden tot een lager pensioen voor deze generaties. Deze effecten kunnen ingevolge het CPB tegen elkaar worden weggestreept. Daarbij wordt niet ingegaan op de vraag of te verwachten is of jongeren de lagere premie, die zal resulteren in een hoger netto salaris, zullen aanwenden voor individuele pensioenvoorzieningen, die de verlaging van het opbouwpercentage (deels) zullen compenseren. Thans blijkt uit inzichten uit de gedragseconomie dat jongeren een dergelijk gedrag doorgaans niet uit eigen beweging zullen vertonen (zie ook §4.6).

Bij pensioenregelingen die vóór 2013 worden aangepast aan de nieuwe pensioenrichtleeftijd zal de premiedaling in dat jaar ruim 2%-punt bedragen. De aanpassing aan de nieuwe pensioenrichtleeftijd, in combinatie met de adempauze (maatregel 2), zal er naar verwachting toe leiden dat aanzienlijke premiestijgingen kunnen worden voorkomen voor de pensioenfondsen die deze maatregelen mogen benutten.

5.3.4.2 Introductie pseudo-LAM en generatie-effecten

De tweede voorwaarde waaraan pensioenregelingen moeten voldoen, bij gebruikmaking van de maatregelen 2 en/of 3, is de invoering van pseudo-levensverwachtingsaanpassingsmechanisme ('pseudo-LAM').³⁷⁶ Bij toepassing van het 'gewone' LAM worden opgebouwde pensioenaanspraken en pensioenrechten aangepast indien zich onverwachte schokken in de levensverwachting voordoen. De introductie van het pseudo-LAM zorgt ervoor dat de pensioenaanspraken en pensioenrechten niet ineens, maar geleidelijk worden aangepast aan de levensverwachtingen. Dit gebeurt door het aanpassen van de huidige of toekomstige indexatie of kortingen. Anders dan bij het LAM, bestaat er bij het pseudo-LAM geen recht op het inhalen van kortingen of gemiste indexatie indien de dekkingsgraad zich verbeterd.

Een van de aanleidingen voor de introductie van het pseudo-LAM is de publicatie van het Actuariel Genootschap op 12 september 2012, waarin een nieuwe stijging van de levensverwachting is geconstateerd.³⁷⁷ Het Actuariel Genootschap heeft in deze publicatie vastgesteld dat de levensverwachting van zowel mannen als vrouwen toeneemt, maar bij mannen neemt deze steiler toe dan bij vrouwen. De levensverwachting van nuljarigen zal tussen 2011 en 2062 naar verwachting voor vrouwen stijgen van 82,9 jaar naar 87,4 jaar en voor mannen van 97,2 jaar naar 86,9 jaar. Door de snelle stijging van de levensverwachting van mannen neemt de waarde van de pensioenverplichtingen van pensioenfondsen toe. Voor een gemiddeld fonds komt dit neer op een stijging van de dekkingsgraad met ongeveer 1%-punt. Het pseudo-LAM beoogt deze stijging te voorkomen.³⁷⁸

Bij invoering van het pseudo-LAM zal sprake zijn van een herverdeling van de marktwaarde ten nadele van oudere generaties werknemers, in het voordeel van jongere/toekomstige generaties deelnemers. Het gaat om 0,5% waardedaling van de pensioentoezegging van de oudere generaties, ten faveure van de jongere generaties.

5.3.4.3 Introductie normdekkingsgraad 110%, aanpassing VEV en generatie-effecten

Bij deze voorwaarde worden er strengere eisen gesteld aan de indexering, door alvast te anticiperen op het nieuwe FTK. De eerste eis is dat de minimale dekkingsgraad die is benodigd voor het toekennen van indexatie wordt verhoogd van 105% naar 110%. In het nieuwe FTK wordt in aanvulling op deze maatregel bovendien vanaf 2015 een staffel geïntroduceerd voor het bepalen van de hoogte van de indexatie. Pas wanneer de normdekkingsgraad wordt behaald mag er op grond van die staffel in het nieuwe FTK volledig worden geïndexeerd. De

³⁷⁶ CPB Notitie 2012, p. 6 en 7.

³⁷⁷ Actuariel Genootschap rapport 2012.

³⁷⁸ CPB Notitie 2012, p. 5.

normdekkingsgraad voor een pensioencontract met prijsindexatie ligt ingevolge het CBP rond de 125% à 130% en de normdekkingsgraad voor een pensioencontract met loonindexatie zal circa 140% bedragen.³⁷⁹ Niet alleen de ondergrens, maar ook de bovengrens van de indexatiestaffel zal met 5%-punt worden opgehoogd. De tweede maatregel die tot strengere eisen aan de indexering leidt, is de introductie van een nieuwe berekeningsmethodiek van het VEV, waardoor het VEV naar verwachting zal toenemen met een gemiddelde van 5%-punt.³⁸⁰

De bovenstaande twee strengere eisen die worden gesteld aan de indexering, leiden vanzelfsprekend minder snel tot het toekennen van indexatie. Deze strengere eisen leiden ertoe dat de marktwaarde zal worden herverdeeld in het voordeel van de huidige jongere/toekomstige generaties deelnemers met 1,5% van de waarde van de pensioentoezegging, ten nadele van de oudere generaties deelnemers.

5.3.5 Effecten totale Septemberpakket op houdbaarheid Verplichtstelling

In deze paragraaf wordt besproken of de effecten die de maatregelen in het Septemberpakket hebben op de intergenerationele solidariteit binnen een pensioenregeling, van invloed kunnen zijn op de houdbaarheid van de Verplichtstelling, vanuit mededingingsrechtelijke optiek en/of het vrij verkeer van diensten. Allereerst wordt onderstaand een overzicht gegeven van de procentuele effecten van de maatregelen op de intergenerationele solidariteit, zoals bovenstaand reeds besproken.

5.3.5.1 Effect totaalpakket op de intergenerationele solidariteit

1. Introductie UFR:

- a. De huidige oudere generaties deelnemers worden bevoordeeld ten nadele van de jongere/toekomstige generaties deelnemers.
- b. Het voordeel loopt op tot (i) 1% bij een UFR 30-90; (ii) 3% bij een UFR 20-60 en (iii) 4% bij een UFR 20-30.
- c. Het grootste voordeel ligt bij de generaties geboren rond 1950-1960. Voor deze generaties stijgt de waarde van de pensioentoezegging met ongeveer 2 dzd euro (bij UFR 30-90), 5 dzd euro (bij UFR 20-60) en 7 dzd euro (bij UFR 20-30), uitgaande van een modaal inkomen.
- d. **Generatie-effect:** de intergenerationele solidariteit van de huidige jongere generaties ten opzichte van de oudere generaties binnen de pensioenregeling neemt toe (1% - 4%).

2. Adempauze voor de eis dat de premie moet bijdragen aan het herstel:

- a. De huidige jongere werkende generaties worden bevoordeeld ten nadele van de oudere, gepensioneerde generaties.
- b. De waarde van de toekomstige pensioenuitkeringen van de huidige jonge deelnemers neemt naar schatting toe met iets minder dan 0,5%, in het nadeel van de huidige jonge deelnemers.
- c. **Generatie-effect:** De intergenerationele solidariteit van de huidige oudere generaties ten opzichte van de jongere generaties neemt licht toe ($\leq 0,5\%$).

³⁷⁹ CPB Notitie 2012, p. 8.

³⁸⁰ CPB Notitie 2012, p. 8.

3. Maximeren en spreiden kortingen:
 - a. De huidige gepensioneerde generaties worden bevoordeeld ten nadele van de jonge/toekomstige generaties deelnemers.
 - b. De waarde van de pensioentoezegging van de huidige gepensioneerden neemt toe met minder dan 1%, in het nadeel van de jonge/toekomstige generaties deelnemers.
 - c. **Generatie-effect:** De intergenerationele solidariteit van de huidige jonge/toekomstige generaties neemt toe ten opzichte van de gepensioneerde generaties ($\leq 1\%$).

4. Aanvullende voorwaarden bij maatregelen 2 en 3: aanpassen pensioenregeling per 2013:
 - a. De versoering van de pensioenopbouw zal in 2013 verwaarloosbare effecten hebben voor de verschillende generaties. De lagere pensioenpremie zal enerzijds in het voordeel van de jongere generaties zijn, maar anderzijds leiden tot een lager pensioen voor deze generaties. Deze effecten kunnen tegen elkaar worden weggestreept.
 - b. **Generatie-effect I:** de intergenerationele solidariteit blijft ongeveer hetzelfde (0%).
 - c. Bij invoering van het pseudo-LAM wordt de marktwaarde herverdeeld. De pensioentoezegging van de jongere/toekomstige generatie deelnemers zal met 0,5% toenemen, ten nadele van de oudere generatie werknemers.
 - d. **Generatie-effect II:** de intergenerationele solidariteit van de huidige oudere generatie deelnemers neemt toe ten opzichte van de jongere generaties (0,5%).
 - e. De strengere eisen die worden gesteld aan de indexering – de introductie van een normdekkingsgraad van 110% en aangepaste eisen VEV – leiden tot een herverdeling van de marktwaarde in het voordeel van de huidige jongere/toekomstige generatie deelnemers. De waarde van de pensioentoezegging van deze generaties neemt met 1,5% toe, ten nadele van de oudere generaties deelnemers.
 - f. **Generatie-effect III:** de intergenerationele solidariteit van de huidige oudere generaties deelnemers neemt toe ten opzichte van de jongere generaties (1,5%).

De Minister heeft in de brief over het Septemberpakket aangegeven dat het totaalpakket aan maatregelen tot benadeling leidt van groepen belanghebbenden.³⁸¹ Wanneer precies sprake is van een onevenredige bevoordeling, is niet gedefinieerd. De Minister benadrukt dat de pensioenfondsen en sociale partners verantwoordelijk zijn voor het financieel gezond en toekomstbestendig maken van de pensioenfondsen en pensioenregelingen. De pensioenfondsen dienen dit te doen met inachtneming van de belangen die zij behartigen op de voet van artikel 105 lid 2 PW. De sociale partners dienen op hun beurt niet de belangen van hun achterban uit het oog te verliezen bij het vormgeven van de inhoud van de pensioenregeling.

Ingeval alle pensioenfondsen, waaronder de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, alle maatregelen in het Septemberpakket doorvoeren, dan is sprake van een noemenswaardige herverdeling van de marktwaarde. Ingeval de percentages, genoemd onder de maatregelen 2, 3 en 4 worden herberekend op grond van de verschillende UFR's, komt het CPB tot het oordeel dat de oudere generaties ten opzichte van de jongere/toekomstige generaties een waardestijging genieten tussen de **2% en 3%**, indien alle maatregelen worden doorgevoerd. Het effect op de waardestijging van de pensioentoezegging is bij een waardestijging van 3% op jaarbasis gemiddeld 200 euro bruto en op maandbasis 10 euro netto.

³⁸¹ Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129, p. 2.

Inmiddels heeft de Pensioenfederatie op haar website gepubliceerd dat de dekkingsgraad van de honderd grootste pensioenfondsen in het derde kwartaal van 2012 voor vrijwel alle fondsen is gestegen ten opzichte van het tweede kwartaal. Deze stijging schrijft de pensioenfederatie met name toe aan de maatregelen uit het zogenaamde Septemberpakket. De effecten verschillen substantieel voor pensioenfondsen. Fondsen met veel jonge deelnemers laten over het algemeen een sterkere stijging van de dekkingsgraad zien dan de vergrijsde fondsen.³⁸²

5.3.5.2 Toetsing aan het EU-recht

De Minister meent dat het gehele pakket aan maatregelen evenwichtig is en niet leidt tot een onevenredige benadeling van generaties. Wat precies een onevenredige benadeling is, is noch door de Minister, noch door de wet gedefinieerd.

Het enkele gegeven dat de bevoordeling van oudere generaties door de introductie van de maatregelen in het Septemberpakket gemiddeld kan oplopen tot 10 euro netto per maand, rechtvaardigt op zichzelf nog niet de conclusie dat sprake is van onevenwichtige of zelfs onevenredige benadeling van groepen generaties. Het is immers inherent aan het Nederlandse systeem van de Verplichtstelling dat sprake is van intergenerationele solidariteit, waarbij jongeren meer bijdragen dan ouderen indien zich negatieve schokken op de financiële markten voordoen. De maatregelen in het Septemberpakket beogen het aanvullende pensioenstelsel weerbaar en toekomstbestendig te houden. De oudere gepensioneerd generaties worden daarbij meer uit de wind gehouden dan de jongeren, omdat zij relatief kwetsbaar zijn doordat zij geen aanvullend pensioen meer opbouw en (deels) afhankelijk zijn van de pensioenuitkeringen voor hun levensvoorziening. Op deze wijze wordt sociale bescherming geboden aan de zwakkere groepen en het pensioenstelsel toekomstbestendiger gemaakt, waardoor de jongeren, die nu meer bijdragen aan het stelsel, straks nog verzekert zijn van een aanvullend pensioen. De economische groei is hierbij gebaat. Wel zal moeten worden gemonitord of specifieke maatregelen, zoals de introductie van de UFR niet onredelijk zal uitwerken in het nadeel van jongere werknemers. De vraag is of de toename van de intergenerationele solidariteit in het Septemberpakket kan leiden tot onverenigbaarheid met de EU-regels van het mededingingsrecht.

Het HvJEU heeft in de eerste plaats in de arresten *Brentjens* geoordeeld dat de sociale aard en doelstellingen van de collectieve overeenkomst waarvoor sociale partners Verplichtstelling verzoeken relatieve immuniteit voor het kartelverbod rechtvaardigen. De Verplichtstelling doet ingevolge het Hof geen afbreuk aan het nuttig effect³⁸³ van de artikelen 101 VWEU, in samenhang met artikel 4 lid 3 VEU. Dit oordeel zal niet wijzigen door het enkele feit dat de maatregelen in het Septemberpakket worden geïmplementeerd in een pensioenregeling waarvoor Verplichtstelling wordt verzocht. Slechts indien de doelstellingen van de Verplichtstelling in kwestie niet langer rechtstreeks bijdragen aan de verbetering van arbeidsvoorwaarde door het verzekeren van een bepaald pensioenniveau, zal dit naar verwachting anders zijn.

Het antwoord op de vraag of de verplicht gestelde pensioenfondsen een onderneming zijn in de zin van artikel 101 VWEU e.v. blijft ongewijzigd door de implementatie van de maatregelen in het Septemberpakket in de verplicht gestelde pensioenregelingen. De laatste vraag luidt dan of het Septemberpakket effect kan hebben op de vraag of de Nederlandse regering aan de fondsen

³⁸² Zie http://www.pensioenfederatie.nl/Document/Cijfers/Dekkingsgraden/Dekkingsgraden_2012_Q3_toelichting.pdf.

³⁸³ *Amttenbrink en Vedder* 2008, nr. 100. "De nuttig-effectregel verbiedt het de lidstaten om het nuttig effect aan artikel 81 of 82 EG [thans artikel 101 en artikel 102 VWEU] te ontnemen. Een lidstaat kan dit doen door ervoor te zorgen dat het algemeen belang (...) gewaarborgd is wanneer hij besluiten neemt op voorstel van of in samenwerking met een beroepsgroep. De nuttig-effect-regel heeft rechtstreekse werking en kan dus voor iedere nationale rechter gehandhaafd worden."

het uitsluitende recht mag geven om in een bepaalde bedrijfstak of beroepsgroep een aanvullende pensioenregeling te beheren. In het kader van de algemeenbelangexceptie (art. 106 lid 2 jo art. 102 VWEU) kunnen de aangesloten ondernemingen proberen aan te voeren dat de bepalingen in het pensioenregeling van het bedrijfstakpensioenfonds niet (meer) aansluiten op de behoeften van de (meerderheid van de) aangesloten ondernemingen. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de bepalingen in de pensioenregeling zijn gericht op de behoeften van de ondernemingen met een vergrijsd personeel bestand en een slechte gezondheid, terwijl de meeste ondernemingen een relatief jong en gezond deelnemersbestand hebben. Er kan dan sprake zijn van een inbreuk op artikel 106 lid 1 VWEU.

Deze inbreuk kan gerechtvaardigd worden als sprake is van een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan het fonds opgedragen bijzondere sociale taak van belang (zie art. 106 lid 2 VWEU). De verplicht gestelde fondsen vervullen een belangrijke sociale taak bij het verzekeren van een aanvulling op het AOW-pensioen. Er wordt ingevolge de arresten *Brentjens c.s.* door de Verplichtstelling tegemoetgekomen aan een behoefte van marktpartijen, doordat pensioenen worden bereikt overeenkomstig de 70%-norm. In dat verband zal, zoals besproken, in de eerste plaats van belang zijn dat de regering duidelijk maakt welk percentage men op de pensioendatum mag verwachten van het gemiddelde brutosalaris. Ook zal naar verwachting van belang zijn dat de mate van solidariteit binnen een pensioenregeling van de ene generatie jegens de andere generatie niet onaanvaardbaar is geworden. Vooralsnog verwacht ik dat de maatregelen in het Septemberpakket, die uitvallen in het voordeel van de oudere generaties, bijdragen aan het onderbouwen van de sociale doelstellingen van de Verplichtstelling. Deze beoordeling zal echter casuïstisch zijn en per pensioenregeling moeten worden verricht. Is sprake van een aanvaardbare, voldoende mate van solidariteit, dan zal al snel aan het noodzakelijkheidsvereiste kunnen worden voldaan. Een laatste vraag die in bovenstaand verband kan worden gesteld is of er een alternatief voor de Verplichtstelling bestaat, dat minder ingrijpend is. De alternatieven die zijn aangedragen voor de Verplichtstelling worden besproken in Hoofdstuk 5.

5.4 Witboek Pensioenen

5.4.1 Inleiding

De EC streeft naar het creëren van een Europese interne markt van pensioenen, waarbij sprake is van houdbare nationale pensioenstelsels.³⁸⁴ In dat verband publiceerde de EC op 7 juli 2010 het Groenboek 'naar adequate, houdbare en zekere pensioenen' (het "**Groenboek**").³⁸⁵ Het betreft een consultatiedocument over het voorgenomen pensioenbeleid van de EU en de rol die de unie voornemens is daarin te spelen. In het Groenboek zijn discussiepunten uit de voorgaande jaren rondom het pensioenbeleid in de EU geformuleerd. Een rode draad in het Groenboek is steeds de vraag of de EU op gemeenschapsniveau een pensioenonderwerp dient op te pakken of dat het aan de afzonderlijke lidstaten is om te kiezen op welke wijze verantwoordelijkheid wordt genomen (het "**subsidiariteitsbeginsel**"). Op 16 februari 2012 publiceerde de EC in het Witboek Pensioenen een agenda met haar zienswijze op het pensioenbeleid van de EU in de komende jaren. Deze agenda mede gebaseerd op de

³⁸⁴ Zie o.a. de Joint report of the Social Protection Committee and the Economic Policy Committee 2001 en de tijdens de top van Barcelona in 2002 door de Raad geformuleerde algemene beleidsdoelen betreffende de toereikendheid, betaalbaarheid en modernisering van de nationale pensioenstelsel van lidstaten; en de top van Göteborg waar werd afgesproken dat binnen de Europese Unie de open coördinatiemethode wordt gevolgd voor pensioenen. Op grond van deze methode mogen lidstaten een eigen beleid voeren ter verwezenlijking van de doelstellingen van de Europese Unie.

³⁸⁵ Zie EC Groenboek 2010. Dit leidde tot de Safeguarding richtlijn uit 1998 (Richtlijn 98/49/EG d.d. 29 juni 1998), het richtlijn voorstel inzake de verbetering van de overdraagbaarheid van pensioenen (COM(2007)603 en de IORP-Richtlijn uit 2003.

ingezonden commentaren op het Groenboek.³⁸⁶ De heer Omtzigt is korte tijd later benoemd tot rapporteur, met betrekking tot het Witboek.³⁸⁷ Hij heeft een standpuntennotitie opgesteld inzake de in het Witboek opgenomen actiepunten, die op 5 juli 2012 aan de EC is gezonden (hierna weer: de “**Standpuntennotitie**”). De EC heeft hierop gereageerd bij brief van 8 augustus 2012.³⁸⁸

In deze paragraaf sta ik stil bij de mogelijke consequenties die enkele voorstellen betreffende de Europese interne pensioenmarkt kunnen hebben op de solidariteit binnen de verplicht gestelde pensioenregelingen en de houdbaarheid van het Nederlandse stelsel van Verplichtstellingen. Het betreft de gevolgen van de voorgenomen aanpassing van de IORP-Richtlijn (zie §4.7.6).

5.4.2 Aanleiding Groenboek en Witboek Pensioenen

De negatieve gevolgen die vergrijzing de komende decennia heeft op de overheidsbegrotingen van verschillende lidstaten is door de Raad reeds in 2001 in Stockholm onderkend. Daar ontvouwde de Raad een ‘driesporenstrategie’, gericht op (i) vermindering van de overheidstekorten; (ii) het vergroten van de werkgelegenheid; en (iii) hervorming van de socialezekerheidsstelsels, waaronder de pensioenstelsels.³⁸⁹ De lidstaten passen deze strategie echter te beperkt toe meent de EC. Om die reden staat de EC in het Groenboek en Witboek Pensioenen (hierna tezamen ook: het “Witboek”) een gecoördineerde aanpak voor binnen de EU.³⁹⁰

De EC stelt in het Witboek voorop dat de vergrijzende bevolking in de EU een grote politieke uitdaging vormt voor de betaalbaarheid en adequaatheid van de nationale pensioenstelsels.³⁹¹ De gemiddelde levensverwachting is onder vrouwen en mannen in de EU gestegen en dat zal moeten worden ondervangen door langer doorwerken en aanvullende pensioenspaarregelingen. Naar verwachting stijgt de gemiddelde levensverwachting vanaf het moment van geboorte tussen 2010 en 2060 voor mannen met 7,9 jaar en voor vrouwen met 6,5 jaar. Een andere omstandigheid die druk legt op de nationale pensioenstelsels is de huidige financiële en economische situatie, bestaande uit de trage economische groei, begrotingstekorten, schuldenlast, financiële instabiliteit en gedaalde werkgelegenheid, die de druk op de nationale pensioenstelsel opvoert. De lage rentestand zorgt er bij kapitaaldeckingsregelingen bovendien voor dat waarde van de activa en rendementen op pensioenbeleggingen nadelig worden beïnvloed.³⁹² Het zijn derhalve de demografische ontwikkelingen en staatsschuldcrisis tezamen die actie vergen van de lidstaten.

³⁸⁶ EC Witboek Pensioenen 2012. In het Groenboek werd aan een ieder de mogelijkheid geboden om voor 15 november 2010 te reageren op de daarin geformuleerde vragen over het te volgen pensioenbeleid binnen de Europese Unie.

³⁸⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 1. De heer Omtzigt is op 15 maart 2012 benoemd tot rapporteur. Op 16 mei 2012 heeft de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid besloten de Standpuntennotitie openbaar te maken.

³⁸⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 043, nr. 128.

³⁸⁹ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 4.

³⁹⁰ Zie het EC Groenboek Pensioenen 2010 en EC Witboek Pensioenen 2012. Het Groenboek is door de EC gepubliceerd op 7 juli 2010 en het Witboek op 16 februari 2012.

³⁹¹ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 2.

³⁹² EC Witboek Pensioenen 2012, p. 3.

Een uniform pensioenbeleid en de hervormingen van de nationale pensioenstelsel zijn van groot belang voor de goede werking van de Economische en Monetaire Unie, zo meent de EC. Hieraan draagt het streven van Europa bij naar de vergroting van de arbeidsparticipatie tot 75% en de vermindering van het aantal mensen met een armoederisico met ten minste 20 miljoen in 2020.³⁹³ Een ander gevolg van de integratie van economieën en samenlevingen van de lidstaten is dat het slagen of mislukken van nationaal pensioenbeleid over de nationale grenzen heen voelbaar kan worden, met name binnen de Economische en Monetaire Unie.³⁹⁴

Het Witboek introduceert een agenda om de lidstaten te ondersteunen bij het hervormen en verbeteren van de nationale pensioenstelsels en om doelstellingen te formuleren die op EU-niveau gecoördineerd en aangepakt moeten worden.³⁹⁵ Benadrukt wordt door de EC dat niet alleen lidstaten en Europese instellingen hun verantwoordelijkheid moeten nemen om de pensioenstelsels adequate en houdbaar te maken, maar ook dat alle andere belanghebbenden, waaronder met name de sociale partners, hun verantwoordelijkheid moeten nemen die past bij de rol die aan hen is toebedeeld.³⁹⁶ De verantwoordelijkheid van de lidstaten van de EU betreft de opzet en organisatie van de nationale pensioenstelsels.

5.4.3 Doelstelling pensioenstelsels

Het basisdoel van de nationale pensioenstelsels is volgens de EC het verschaffen van adequate pensioeninkomens en het in staat stellen van ouderen om een fatsoenlijke levensstandaard en economische onafhankelijkheid te verwerven.³⁹⁷ Een ander doel van de pensioenstelsels is de rol van ‘automatische stabilisator’. Dit doel is grotendeels bereikt voor de hele EU, daar de inwoners van de lidstaten die ouder zijn dan 65 jaar een inkomen hebben dat gemiddeld bijna 94% bedraagt van dat van de totale bevolking.³⁹⁸

5.4.4 Doelstellingen bij het doorvoeren van pensioenhervormingen

De aanvullende particuliere pensioenspaarrekeningen zullen ingevolge de EC de komende jaren een belangrijkere rol in het inkomen van gepensioneerden moeten gaan spelen om de pensioenen betaalbaar te houden. Dat kunnen de lidstaten en sociale partners via de tweede pijler en de derde pijler realiseren. De EC wil dit proces ondersteunen door middel van harde en zachte EU-regelgeving.³⁹⁹ Op basis van de jaarlijkse groeianalyses in 2011 en 2012 heeft de EC een aantal doelstellingen geformuleerd voor pensioenhervormingen die bijdragen aan het terugdringen van overheidstekorten en adequate en duurzame pensioenen.⁴⁰⁰

³⁹³ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 3. Ook de Raad heeft opgeroepen tot een nauwere economische beleidscoördinatie voor de lidstaten.

³⁹⁴ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 3.

³⁹⁵ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 4.

³⁹⁶ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 16.

³⁹⁷ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 5 en p. 9. Het tweede doel is ingevolge de EC in zijn algemeenheid binnen de EU bereikt, hoewel er belangrijke kloven zijn blijven bestaan.

³⁹⁸ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 5, noot 3: Eurostat, EU-SILC-gegevens voor 2009.

³⁹⁹ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 18.

⁴⁰⁰ EC Witboek Pensioenen 2012, p. 10. Deze doelstellingen worden uitgewerkt in het Witboek op p. 10 t/m 15. Zij hebben geleid tot landenspecifieke aanbevelingen.

In bijlage 1 bij het Witboek zijn 20 EU-initiatieven opgenomen die lidstaten moeten ondersteunen bij het behalen van de doelstellingen en het hervormen van de nationale pensioenstelsels. De doelstellingen zijn:

1. Het koppelen van de pensioenleeftijd aan de toename van de levensverwachting;
1. de toegang tot vervroegd pensioenregelingen en andere vervroegde uittreedingsregelingen aan banden leggen;
2. het stimuleren van langer doorwerken, door de toegang tot ‘levenslange’ leertrajecten te verbeteren, werkplekken aan te passen, de gezondheid te stimuleren, meer diversiteit onder personeel te creëren en een vergroting van arbeidsmogelijkheden voor ouder personeel in te voeren;
3. een gelijke pensioengerechtigde leeftijd voor mannen en vrouwen; en
4. het stimuleren van het (door)ontwikkelen van aanvullende pensioenspaarregelingen ter vergroting van het totale pensioeninkomen.

5.4.5 Subsidiariteit en proportionaliteit

De Nederlandse regering is van mening dat het goed is om gezamenlijke uitgangspunten te hanteren binnen de EU en dat een aantal voorstellen in het Witboek passend lijken te zijn. Als voorbeelden wordt gegeven, het koppelen van de pensioenleeftijd aan de levensverwachting, een verbeterde toegang tot aanvullende pensioenen en een verbeterde informatievoorziening. Een uitdaging bij de hervorming van de nationale pensioenstelsels is dat vanwege de grote verscheidenheid aan (unieke) pensioenstelsels, het vinden van gemeenschappelijke aanknopingspunten. Grote zorgen bestaan er bij de regering ten aanzien van de subsidiariteit en proportionaliteit van in ieder geval twee van de aangekondigde initiatieven: de aanpassing van de IORP-Richtlijn en introductie van de de Richtlijn inzake overdraagbaarheid van aanvullende pensioenen (“**Richtlijn overdraagbaarheid**”).⁴⁰¹ In de Standpuntennotitie die de Nederlandse regering heeft verzonden aan de EC, deelt zij mede dat zij de indruk heeft dat de principes van subsidiariteit en proportionaliteit aan de kant worden gezet voor wat betreft bovengenoemde twee initiatieven. Ingeval de initiatiefvoorstellen onverkort zullen worden doorgevoerd, kondigt de Nederlandse regering aan dat zij de gele/oranje kaartprocedure zal inzetten en zij roept andere lidstaten daar ook toe op.

Het Verdrag van Lissabon heeft voor de nationale lidstaten de mogelijkheid geïntroduceerd om met behulp van de subsidiariteitstoets een rol te kunnen spelen in de Europese Besluitvorming ingeval sprake is van concrete wetgevende voorstellen. Het “**subsidiariteitsbeginsel**” is verankerd in artikel 5 VEU en ziet erop dat de EU niet mag regelen wat beter op nationaal niveau kan worden geregeld. De procedure van de subsidiariteitstoets is dat lidstaten voor alle concrete wetgevende voorstellen bezwaar mogen maken binnen 8 weken na publicatie ervan. Dit kan leiden tot een gele kaart voor het wetsvoorstel indien een derde van de lidstaten bezwaar maakt tegen een wetgevend voorstel op grond van subsidiariteit. De EC dient dan haar voorstel te heroverwegen.⁴⁰² Wanneer de helft van de lidstaten meent dat het voorstel in strijd is met de subsidiariteit leidt dit tot een oranje kaart en het definitief niet aannemen van een voorstel als ook de Raad of het Europees Parlement dezelfde mening als de lidstaten is toegedaan.

Het “**proportionaliteitsbeginsel**” is het beginsel dat voorschrijft dat de inhoud en de vorm van het optreden van de EU niet verder mag gaan dan noodzakelijk om de doelstellingen van de EU te verwezenlijken (art. 5 VWEU).

⁴⁰¹ EC Witboek Pensioenen 2012, bijlage 1, p. 17 t/m 20.

⁴⁰² VWEU, Protocol no II, artikel 6.

5.4.6 Herziening IORP-Richtlijn

Het elfde EU-initiatief in het Witboek is, dat de EC voornemens is in 2012 een wetgevingsvoorstel in te dienen om de IORP-Richtlijn aan te passen. Deze herziening zal toe zien op het creëren van een *level playing field* tussen pensioenfondsen en de onder de Solvency II Richtlijn⁴⁰³ vallende verzekeringsmaatschappijen.⁴⁰⁴ Daarnaast ziet de herziening toe op het bevorderen van grensoverschrijdende pensioenactiviteiten, het verbeteren van de algemene pensioenvoorzieningen en het toezicht daarop binnen de EU.⁴⁰⁵ Onderstaand wordt de herziening van de IORP-Richtlijn besproken.

5.4.6.1 Kanttekeningen bij de herziening van de IORP-Richtlijn

De Nederlandse regering heeft op 5 juli 2012 in de Standpuntennotitie aan de EC haar bezorgdheid geuit over de voorgenomen herziening van de IORP-Richtlijn.⁴⁰⁶

Een eerste punt van zorg is dat de herziening van de IORP-Richtlijn erin kan resulteren dat de Europese Autoriteit voor Verzekeraars en Pensioenfondsen (“EIOPA”) toezicht gaat houden op pensioenfondsen. Pensioenfondsen worden dan als marktpartijen behandeld. Dit is onaanvaardbaar voor de Nederlandse regering omdat dan een *level playing field* wordt gecreëerd voor producten met wezenlijk verschillende kenmerken. De aard van de (verplicht gestelde) aanvullende pensioenen is immers dat deze onderdeel zijn van een sociaal contract. Pensioenfondsen werken voorts zonder winstoogmerk vanuit collectieve risicodeling en op basis van intergenerationele solidariteit terwijl de verzekeraars die onder de Solvency II Richtlijn vallen op basis van ‘capital adequacy’ werken.⁴⁰⁷

Een consequentie van bovenstaande maatregel is dat pensioenfondsen buffers moeten aanhouden op het niveau van verzekeraars. Deze buffers moeten over het algemeen vergroot worden. De kosten van de pensioenfondsen kunnen dan fors stijgen, indien sprake is van een overmatige zekerheidsstelling. Ter illustratie: op dit moment dienen pensioenfondsen een dekkingsgraad aan te houden van ongeveer 120%. Het nieuwe financiële toetsingskader zal deze grens naar circa 125% verhogen. Indien moet worden voldaan aan de eisen die voor verzekeraars gelden op grond van de Solvency II Richtlijn, zal de dekkingsgraad nog eens moeten worden opgehoogd naar 135%. Een verhoging van 10% staat ongeveer gelijk aan 80 miljoen euro extra.⁴⁰⁸ De kosten van het implementeren van zeer complexe kwantitatieve regels uit de Solvency II Richtlijn kunnen bovendien disproportioneel zijn en aan werknemers de mogelijkheid ontnemen om tegen de laagst mogelijke kosten pensioen op te bouwen.⁴⁰⁹ Dit is ingevolge de Standpuntennotitie in strijd met de doelstelling van de EC om de aanvullende pensioenstelsels toegankelijker en (kosten)efficiënter te maken.⁴¹⁰ Bovendien kan sprake zijn van strijdigheid met het subsidiariteitsbeginsel.

⁴⁰³ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (“Solvency II Richtlijn”).

⁴⁰⁴ EC Witboek Pensioenen 2012, bijlage 1, p. 18 en 19.

⁴⁰⁵ EC Witboek Pensioenen 2012, bijlage 1, p. 18 en 19. Het doel van de herziening is het tegengaan van de overheidsschulden en het aanpakken van de uitdagingen die de vergrijzing met zich brengt; zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 4.

⁴⁰⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 128.

⁴⁰⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 4.

⁴⁰⁸ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 127, p. 15.

⁴⁰⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 4.

⁴¹⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 4.

De Nederlandse regering vreest dat de vormgeving van het nationale tweede pijler pensioenstelsels in het geding zal komen. Het is voor de aanvullende pensioenregelingen in Nederland van belang dat afspraken en regelingen zo specifiek mogelijk kunnen worden gemaakt en dat het toezicht daarop wordt toegesneden.⁴¹¹

Een ander punt van zorg is dat de toegang tot de tweedepijler pensioenen kan worden belemmerd door ingewikkelde en gedetailleerde voorschriften.⁴¹² Een vlucht naar omslagstelsels zou hiervan het resultaat kunnen zijn. Dit is ingevolge de regering al gebeurd in een aantal lidstaten, waar fondsen zijn genationaliseerd en de overheid toekomstige pensioenverplichtingen heeft overgenomen.⁴¹³ Op de lange termijn is deze nationalisering niet in het belang van de lidstaten, daar druk kan komen te staan op de overheidsfinanciën. Uitgebreider Europees toezicht op de pensioenfondsen brengt verantwoordelijkheden en risico's met zich. In dit verband wordt in de Standpuntennotitie verwezen naar de situatie die zich voordoet bij de banken. Doordat de banken die, waarbij de lidstaten effectief garant staan voor (de redding van) elkaars bancaire systemen. Deze verantwoordelijkheden dienen volgens de regering voor rekening van de lidstaten zelf te komen.

De voorgaande ontwikkelingen zijn ingevolge de Nederlandse regering in strijd met het doel van de EC om de tweede pijler pensioenen betaalbaar te houden en kostenefficiënter te maken en behelzen een risico voor het huidige bestaande nationale pensioenstelsel. In paragraaf 5.4.6.2 wordt besproken of de voorgenomen aanpassing van de IORP-Richtlijn consequenties kan hebben voor de houdbaarheid van de Verplichtstelling en of sprake is van verenigbaarheid met het EU-recht.

Er is uitstel verleend voor de herziening van de IORP-Richtlijn tot medio 2013. De kans bestaat dat deze niet zo zal worden aangepast dat het de pensioenen die worden beheerd door (verplicht gestelde) pensioenfondsen zal schaden. In de gehele pensioensector zijn namelijk reeds tijdens de hoorzitting in maart 2012 te Brussel bezwaren geuit tegen de toepassing van gelijke Solvency II-regels voor verzekers en pensioenfondsen ('IORP's'). In dat verband heeft Euro Commissaris Barnier toegezegd dat het niet de bedoeling is dat de herziening van de IORP-Richtlijn resulteert in de bestraffing van een goed werkend stelsel.⁴¹⁴

5.4.6.2 Toetsing aan het EU-recht

De voorgenomen aanpassing van de IORP-Richtlijn kan leiden tot het stijgen van de kosten van pensioenfondsen en een stijging van de premie, dan wel daling van de pensioenopbouw. Ik zie echter niet direct redenen die zouden moeten leiden tot het oordeel, dat de herziening kan resulteren in onverenigbaarheid van de Verplichtstelling met het EU-recht. Mogelijk kan worden gesteld dat vanwege de herziening een aantal voordelen zal ontvallen aan de Verplichtstelling die kunnen pleiten voor de uitvoering door andere pensioenuitvoerders dan de verplichte. Het beoordelen van alternatieven, die minder ingrijpend zijn voor de concurrentie op de markt dan de Verplichtstelling en een zelfde resultaat kunnen bereiken, is echter voorbehouden aan de individuele lidstaten. Ook kunnen de kostenverhogingen voor verplicht gestelde fondsen er mogelijk toe leiden dat het draagvlak voor de Verplichtstelling zal versmallen en de Verplichtstelling minder vaak zal worden aangevraagd.

⁴¹¹ Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 4.

⁴¹² Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 5.

⁴¹³ Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 4.

⁴¹⁴ Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 127, p. 15.

5.5 De groeiende groep zelfstandigen met onvoldoende pensioenvoorzieningen

Uit onderzoek van de SER uit oktober 2010⁴¹⁵ is naar voren gekomen dat zelfstandigen zonder personeel (“zzp-ers”) een toenemend belang hebben op de arbeidsmarkt, maar over het algemeen geen of onvoldoende pensioen opbouwen in aanvulling op de AOW. Dat beeld is bevestigd in het onderzoeksrapport van het Ministerie van SZW uit april 2013, dat in samenwerking met het Ministerie van Financiën en het Ministerie van EZ tot stand is gekomen (het “Zelfstandigen-rapport”).⁴¹⁶ Onder ‘zzp-er’ moet worden verstaan: een ondernemer in de zin van de Wet op de Inkomstenbelasting, die geen personeel in dienst heeft.⁴¹⁷ De zzp-er is noch een werknemer, noch een werkgever.

De cijfers uit 2009 en 2010 duiden er ingevolge het Zelfstandigen-rapport op dat van de circa 400.000 zzp-ers in Nederland bij circa 70.000 tot 100.000 zzp-ers sprake is van een pensioensituatie die “aanzienlijk slechter is dan die van werknemers”. Dat is zorgelijk, gezien het grote, toenemende aantal zzp-ers. Het probleem van de zzp-er is eveneens het probleem van andere, met name kleine zelfstandigen.

Uit de begeleidende brief van de staatssecretaris van SZW bij het onderzoek naar de pensioenen van zelfstandigen⁴¹⁸: “Zelfstandigen zijn zelf verantwoordelijk voor hun pensioen. Volgens het onderzoek bouwt ruim een kwart van de circa 400.000 zelfstandigen zonder personeel een pensioen op van 50-70% van het huidige bruto jaarinkomen, en ontvangt ongeveer de helft van de groep zelfstandigen na pensioenering een inkomen van 70% of meer van het huidige bruto jaarinkomen. Een deel van de zelfstandigen bouwt daarentegen in beperkte mate pensioen op: ongeveer een kwart van de zelfstandigen zonder personeel komt op basis van een extrapolatie van cijfers over 2009 en 2010 uit op een pensioen van minder dan 50% van hun huidige bruto jaarinkomen”.

Zelfstandigen zijn primair zelf verantwoordelijk voor het aanvullen van het AOW-pensioen.⁴¹⁹ Zij bouwen alleen pensioen op in de tweede pijler, indien zij gehouden zijn deel te nemen aan de pensioenregeling van een specifieke beroepsgroep⁴²⁰ of bedrijfstak⁴²¹, óf wanneer zij de eerdere deelname aan een aanvullende pensioenregeling vrijwillig hebben kunnen voortzetten.⁴²² Een dergelijke vrijwillige voortzetting is echter een kostbare aangelegenheid en daarom wordt er niet vaak gebruik van gemaakt. Naast de opbouw van pensioen in de tweede pijler en de aanschaf van de gebruikelijke (kostbare) derde pijler verzekeringsproducten, hebben zelfstandigen ook andere mogelijkheden om te sparen voor pensioenvoorzieningen. Dit kan bijvoorbeeld door middel van eigen opbouw in een pensioen B.V., het reserveren van winst voor een fiscale oudedagsreserve (“FOR”) en het omzetten van stakingswinst in een lijfrente.

⁴¹⁵ SER Advies 2010.

⁴¹⁶ Ministerie van SZW onderzoek 2013.

⁴¹⁷ *Kamerstukken II* 2010-2011, 31 311, nr. 71, p. 3 en 4. De definitie voor zzp-er is afkomstig van de SER, die meteen opmerkt dat er nog enkele knelpunten bestaan ten aanzien van de definitie; zie het advies van de SER d.d. 15 oktober 2010, ZZp-ers in beeld. Over de positie van zelfstandigen zonder personeel.

⁴¹⁸ Brief Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2013.

⁴¹⁹ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2010-2011, 31 311, nr. 71, p. 5, waarin het kabinet dit standpunt van de SER onderschrijft en Sanderse 2007.

⁴²⁰ Te denken valt aan de beroepspensioenfondsen voor advocaten, apothekers, huisartsen, medisch specialisten, dierenartsen, fysiotherapeuten en tandartsen.

⁴²¹ Ik ben alleen bekend met het Bpf Schilders en het Bpf Bouw waarin zelfstandigen verplicht dienen deel te nemen. ZZp'ers die werkzaam zijn als schilder, glaszetter of werkzaam zijn in het afwerkingsbedrijf, zijn verplicht aangesloten bij het Bpf Schilders. Zzp'ers die werkzaam zijn als stukadoor, in het afbouw-, het natuursteen- of terrazzobedrijf, zijn verplicht aangesloten bij het Bpf Bouw.

⁴²² De pensioenregeling moet vrijwillige deelname mogelijk maken en de zzp-er dient aansluitend aan de beëindiging van het werknemerschap winst in de zin van de Wet IB 2000 te (blijven) maken om voor vrijwillige voortzetting in aanmerking te komen (art. 54 lid PW en art. 3.8 Wet IB 2000).

In deze paragraaf wordt de mogelijkheid voor sociale partners om in een bedrijfstak zelfstandigen, waaronder de zzp-er, onder de reikwijdte van de werkingssfeer te brengen besproken. Zowel de bedrijfstak als de zelfstandige kan daarbij mogelijk belang hebben. Gestart wordt met een korte uiteenzetting van de standpunten van de Minister ten aanzien van zelfstandigen en aanvullend pensioen en de doelstellingen van de wetgever bij het onderbrengen van zelfstandigen onder de reikwijdte van de Wet Bpf.

5.5.1 Standpunt Minister inzake pensioen zelfstandigen

Tijdens de totstandkoming van de Pensioenwet is gediscussieerd over het verruimen van de mogelijkheden om zzp-ers aanvullend pensioen op te laten bouwen, bijvoorbeeld in een open pensioenfonds voor zzp-ers. De regering was toen echter van mening dat zelfstandigen, waaronder de zzp-ers, reeds over voldoende derdepijlerproducten kunnen beschikken voor het treffen van pensioenvoorzieningen.⁴²³ Een open pensioenfonds voor zelfstandigen zou ingevolge de regering kunnen leiden tot het vervagen van de grenzen van taakafbakening tussen pensioenfonds en verzekeraars.

Naar aanleiding van het SER advies uit oktober 2010 benadrukte de Minister dat zzp-ers zelf een nadrukkelijk keuze hebben gemaakt voor het nemen van eigen verantwoordelijkheid.⁴²⁴ Een onderdeel hiervan is het treffen van (voldoende) pensioenvoorzieningen. De Minister besteedde in zijn reactie op het advies van de SER geen aandacht aan de zzp-er die een unieke rechtspositie heeft doordat noch sprake is van een werknemer, noch van een werkgever. Ook besteedde de Minister in dit verband geen aandacht aan de 'schijnzelfstandige', die fungeert als goedkope werknemer, of aan andere kleine zelfstandigen, die sociaal en economisch gezien min of meer op gelijke voet staan met werknemers en voor wie de beschermende gedachte van de WVB, de Wet Bpf en de Pensioenwet niet zou misstaan.

De Minister gaf in reactie op het SER-advies aan het (vooralsnog) onnodig te vinden aanvullend beleid te maken voor zzp-ers, omdat er volgens de Minister geen sprake was van onevenwichtigheden of verstoringen in het systeem. Dit leidde de Minister af uit de conclusie van de SER 'dat een fundamentele heroverweging van de uitgangspunten van het stelsel niet aan de orde is'.⁴²⁵ Wel werd besloten op een aantal punten actie te ondernemen. Zo startte het kabinet een onderzoek naar de oorzaken van de gebrekkige pensioenopbouw door zzp-ers en werd aangekondigd dat aan een eenduidig zzp-begrip zou worden gewerkt.⁴²⁶

In januari 2013 publiceerde het Ministerie van SZW het Zelfstandigen-rapport, waarin de focus ligt bij de zzp-ers, maar waarin ook andere zelfstandigen zijn betrokken, zoals de zelfstandigen met personeel. In het rapport is geanalyseerd hoeveel zelfstandigen (on)voldoende pensioen opbouwen, wat daar de redenen voor zijn en welke oplossingen kunnen worden aangedragen voor het probleem dat circa een kwart van de zelfstandigen geen of te weinig pensioen opbouwt. De oorzaken van de beperkte pensioenopbouw van zelfstandigen zijn gedragsrechtelijk van orde en zijn niet specifiek voor de zelfstandige, maar voor de mens in zijn algemeenheid. Dat maakt het oplossen van het probleem er niet eenvoudiger op.

⁴²³ *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 413, nr. 17, p. 6. Zie ook *Kamerstukken II 2006-2007*, 30 413, nr. 100. Aan de derdepijlerproducten werd in 2007 het banksparen toegevoegd (*Stb.* 2007/577).

⁴²⁴ *Kamerstukken II 2010-2011*, 31 311, nr. 71, p. 2.

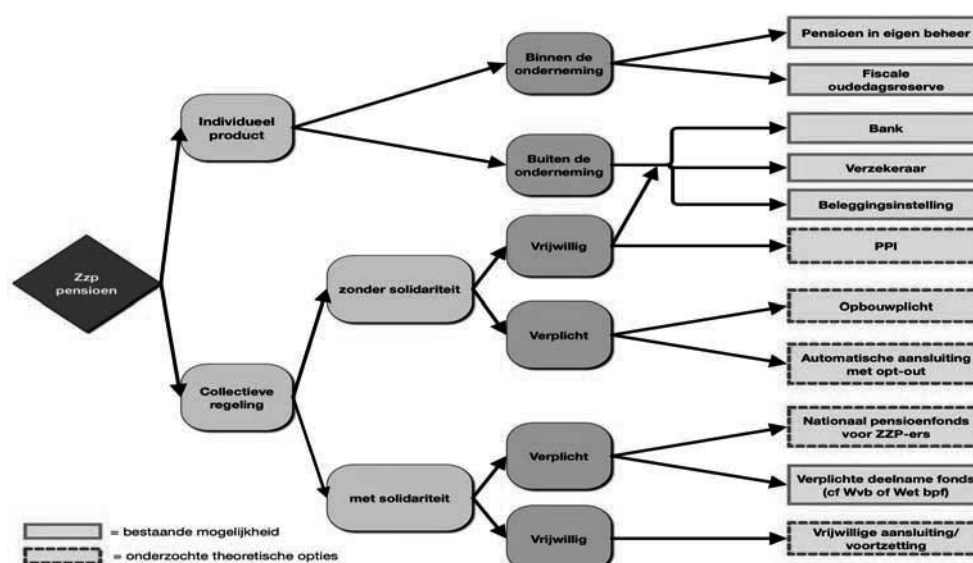
⁴²⁵ *Kamerstukken II 2010-2011*, 31 311, nr. 71, p. 2.

⁴²⁶ *Kamerstukken II 2010-2011*, 31 311, nr. 71, p. 2.

De vier oorzaken die het rapport aandraagt voor de beperkte opbouw zien op gedrag:

1. Door beperkte zelfbeheersing wordt de prioriteit door mensen niet bij uitgaven voor pensioen gelegd;
2. uitstelgedrag van mensen leidt tot geen of te late actie bij het doen van uitgaven voor pensioenen.
3. Inadequate inschatting van het vermogen dat mensen nodig zullen hebben vanaf de pensioendatum.
4. Het is voor mensen lastig in te schatten wat de verhouding is tussen rendement en risico bij pensioenproducten.

In het rapport wordt kort gezegd geconcludeerd dat het effect van het verder stimuleren van individuele pensioenopbouw onduidelijk is. Zelfstandigen zijn zelf verantwoordelijk voor het pensioen en daarbij doorgaans aangewezen op het zelf treffen van vrijwillige individuele producten. De oorzaken voor de beperkte opbouw hebben (mede) betrekking op het gedrag van mensen en zijn derhalve lastig weg te nemen door het treffen van individuele pensioenopbouw te stimuleren. Of het transparanter maken van pensioenproducten zal bijdragen aan het wegnemen van het pensioenprobleem bij zelfstandigen is onduidelijk. Naast de individuele regelingen, kunnen collectieve pensioenregelingen in de derde pijler ingevolge het Ministerie van SZW ook interessant zijn voor zelfstandigen vanwege de schaalvoordeelen. Dergelijke regelingen zijn echter vrijwillig en men loopt derhalve al snel aan tegen het 'gedragsaspect', zoals bij het treffen van individuele pensioenvoorzieningen het geval is. Wel zouden zelfstandigenorganisaties volgens het Ministerie van SZW meer gebruik moeten maken van het aanbieden van vrijwillige collectieve pensioenregelingen in de derde pijler. Onderstaand is het stroomschema met oplossingen uit het rapport van de Minister opgenomen.



Figuur 1: overzicht bestaande mogelijkheden en alternatieven in Zelfstandigen-rapport²

Het rapport benadrukt helaas nauwelijks de mogelijkheden die de tweede pijler biedt voor de pensioenopbouw van de zelfstandigen. Wel wordt aangegeven dat onderbrenging van een grotere groep zelfstandigen onder de werkingssfeer van Verplichtstellingen dan thans het geval is niet voor de hand ligt. Hiertoe wordt aangedragen dat de handhaving van de Verplichtstelling in de praktijk lastig is evenals de afbakening van het begrip 'zelfstandige' in de werkingssfeerbepaling. Andere moeilijkheden zijn gelegen in de fiscale behandeling van

zelfstandigen, die niet gelijk is aan die van de werknemers en de aard van het ondernemerschap. Het zou echter meen ik goed zijn om naast het alternatievenonderzoek te bezien of het mogelijk is binnen de bestaande systematiek van de Verplichtstelling een aantal bezwaren weg te nemen die tegemoet komt aan de wens van zelfstandigen in specifieke sectoren om meer pensioen op te bouwen. De organisatiegraad van zelfstandigen is in dat verband ook een aandachtspunt. In het Zelfstandigen-rapport wordt geconcludeerd dat *vrijwillige* deelname van zelfstandigen aan pensioenregelingen voor werknemers niet wenselijk is, met het oog op de instandhouding van de Verplichtstelling en dat een beroepspensioenregeling voor 'de zelfstandige' niet werkbaar is, omdat de zelfstandige niet tot een afgebakende beroepsgroep behoort. Of een Verplichtstelling voor zelfstandigen – al dan niet met opting out mogelijkheid – doelmatig zal zijn wordt betwijfeld in het rapport. Het zou een breuk vormen met het huidige beleid van eigen verantwoordelijkheid voor ondernemers en uitvoeringstechnisch lastig vorm te geven zijn. Onderstaand wordt besproken welke mogelijkheden de Wet Bpf thans biedt aan zelfstandigen. De toename van het aantal zelfstandigen dat deelneemt aan Verplichtstelling, zou kunnen leiden tot een grotere houdbaarheid van de verplichtstelling.

5.5.2 Mogelijkheden die de Wet Bpf 2000 biedt aan zelfstandigen

De Wet Bpf 2000 biedt de mogelijkheid om deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen voor andere categorieën werkenden dan werknemers, op voorwaarde dat het een of meer bepaalde groepen van personen betreft die werkzaam zijn in de betrokken bedrijfstak (art. 2 lid 1 Wet Bpf). Onder die groep 'anders werkenden' vallen ook de zzp-ers.

Door middel van een schakelbepaling in artikel 3 PW is op zelfstandigen de Pensioenwet van toepassing, met uitzondering van de artikelen 7 en 9 (zie art. 3 lid 2 PW), voor zover zijn onder de werkingssfeer vallen van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Deze schakelbepaling geldt ook voor een persoon die geen werkgever of werknemer is, maar wel in een arbeidsverhouding werkt waarbij tegen beloning persoonlijke arbeid wordt verricht en die onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt (zie art. 3 lid 1 PW). De achterliggende gedachte voor de schakelbepaling is de 'beschermingsgedachte': voor kleine zelfstandigen en 'schijnzelfstandigen', die sociaal en economisch gezien op min of meer gelijke voet staan met de werknemers in de bedrijfstak, is de opbouw van aanvullend pensioen net als voor werknemers van groot belang.⁴²⁷ Te meer indien zelfstandigen, onvrijwillig deze status hebben verworven.

Van de mogelijkheid om zelfstandigen onder de reikwijdte van een Verplichtstellingsbeschikking te scharen wordt echter nauwelijks gebruik gemaakt. Ik ben slechts bekend met het Bpf Schilders, waaraan zelfstandigen die als hoofdbedrijf het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf uitoefenen gehouden zijn deel te nemen en het Bpf Bouw, waaraan zelfstandigen in de sectoren Afbouw of Natuursteenbedrijf verplicht deelnemen. Dat is jammer, omdat (kleine) zelfstandigen, veelal geen of te weinig pensioen opbouwen (zie § 5.5.1).⁴²⁸ Dit kan resulteren in een forse achteruitgang in welvaart indien wordt gestopt met werken op de pensioengerechtigde (AOW-)leeftijd.

5.5.3 Doelstellingen wetgever

Het is interessant om de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet Bpf erop na te slaan, voor wat betreft de doelstelling van de wetgever met de uitbreiding van de werkingssfeer van de Verplichtstelling tot groepen zelfstandigen. Weliswaar is er sprake van

⁴²⁷ Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3 (MvT), nr. 3, p. 4.

⁴²⁸ Zie het Zelfstandigenrapport en Van der Lecq & Oerlemans 2009. In 2009 telde Nederland ongeveer een half miljoen zzp-ers. Ruim de helft van hen gaf aan onvoldoende pensioen op te bouwen.

een veranderde tijdsgeest, maar veel van de argumenten die toentertijd naar voren zijn gebracht, zijn nog steeds relevant. De mogelijkheid voor sociale partners om de Minister te verzoeken tot Verplichtstelling van deelneming door zelfstandigen in een bedrijfstakpensioenfonds, heeft ingevolge de parlementaire geschiedenis het volgende doel:

- een sociaal doel, met als gewenst effect:
- het elimineren van factoren die de onderlinge concurrentievoorwaarden in een bedrijfstak kunnen beïnvloeden.⁴²⁹

Het sociale doel van de bedrijfstakpensioenfondsen is voor veel (kleine) zelfstandigen van belang, aangezien zij sociaal en economisch gezien vaak op gelijk niveau staan met werknemers.⁴³⁰ Ook zelfstandigen dienen tweede pijler pensioen op te kunnen bouwen en bescherming te genieten onder de Wet Bpf, indien sociale partners dat voor een specifieke bedrijfstak van belang achten.

Het is in dat verband natuurlijk wel van belang dat zelfstandigen zich voldoende organiseren, zodat hun belangen voldoende tot uiting kunnen komen in de inhoud van de pensioenregeling. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel gaven de Ministers van SZW en Justitie in reactie op kritische opmerkingen aan, dat het verplichtstellen van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voor zelfstandigen van belang kon zijn voor de gehele bedrijfstak, aangezien:⁴³¹

- bij het treffen van een pensioenverzekering door sociale partners in een bedrijfstak ook de belangen van zelfstandigen in de bedrijfstak in het geding zijn;
- het in het belang van een gezonde structuur van het bedrijfstakpensioenfonds kan zijn dat zelfstandigen ook worden betrokken bij de pensioenregeling;
- het een belang voor de bedrijfstak is dat oudere zelfstandigen in een bedrijfstak van een redelijke oudedagsvoorziening kunnen genieten.

Kritiek was er ondermeer op de hoogte van de premie, die door zelfstandigen in het op te richten fonds voor de landbouw, niet zou zijn op te brengen. Deze kritiek werd door de Ministers niet als ‘zeer klemmend’ ervaren, omdat:

- sociale partners moeten worden geacht te kunnen beoordelen of de hoogte van de pensioenpremie is op te brengen door de zelfstandigen die deelnemen in het bedrijfstakpensioenfonds.⁴³² De inhoud van de pensioenregeling gaat immers het georganiseerde bedrijfsleven zelf aan.

Het gegeven dat zelfstandigen tijdens de parlementaire behandeling kritiek hadden geuit tegen onderbrenging in de Wet Bpf, werd minder relevant gevonden. Velen zien volgens de Ministers van SZW en Justitie immers op tegen nieuwigheden, maar dat betekent nog niet dat de zelfstandigen, als zij eenmaal zijn gebonden aan deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, niet tot de ‘trouwste paladijnen’ kunnen verworden.⁴³³

⁴²⁹ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), nr. 12.*

⁴³⁰ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3 (MvT), nr. 3, p. 4.*

⁴³¹ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), nr. 12.*

⁴³² *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), p. 12*

⁴³³ *Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5 (MvA), nr. 12.*

5.5.4 Voordelen verplichte deelneming zelfstandigen in bedrijfstakpensioenfondsen

Voordelen die kunnen optreden indien zelfstandigen (vaker) onder de werkingssfeer van verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfondsen worden gebracht, zijn:

1. Schaalvoordelen ten aanzien van kosten, beleggingsrendementen, risicospreiding en intergenerationele solidariteit;
2. geen winstoogmerk en geen acquisitie en overige reclamekosten, waaraan een deel van de premie op gaat bij derde pijler producten;
3. de beschermende bepalingen in de Wet Bpf en de PW (m.u.v. art. 7 en 9 PW, zie art. 3 lid 2 PW) zijn van toepassing;
4. fiscaal voordeel door uitgestelde belastingbetaling tot het moment waarop de pensioenuitkering plaats vindt (de 'omkeerregel');
5. het voorkomen van het ondergraven van arbeidsvoorwaarden van zzp-ers in de bedrijfstak door de opdrachtgevers, wat met name het geval lijkt te zijn bij zogenaamde 'schijnzelfstandigen';
6. het voorkomen van het hanteren van te lage tarieven door zzp-ers zelf, doordat zij (te) vaak niet in het tarief verdisconteren dat zij eigenlijk premies zouden moeten afdragen voor de opbouw van aanvullend pensioen of derde pijler producten, of gelden zouden moeten reserveren voor pensioenvoorzieningen;
7. het voorkomen van een grote armoedeval van veel zelfstandigen vanaf de pensioengerechtigde leeftijd, doordat zij onvoldoende pensioenvoorzieningen hebben getroffen;
8. het verbeteren van een gezonde structuur binnen de bedrijfstakpensioenregeling (leeftijd en risico's), door opname van zelfstandigen in de regeling;
9. het verhogen van kruisbestuiving op latere leeftijd bij zelfstandigen, ten aanzien van zelfstandigen die lange(re) tijd – bijvoorbeeld als zzp-er of eerst als werknemer en daarna als zzp-er – in dezelfde bedrijfstak werken en onder de werkingssfeer van de Verplichtstelling zijn gebracht;
10. het verhogen van betrokkenheid bij het pensioenvraagstuk en van het pensioenbewustzijn van zelfstandigen;
11. het verhogen van de organisatiegraad onder zelfstandigen, waardoor deelneming aan aanvullende pensioenregeling in meer bedrijfstakken verplicht kan worden gesteld ('representativiteitsvereiste'), de belangen van zelfstandigen beter tot uiting zullen komen in de pensioenregeling ('maatwerk') en de houdbaarheid van de Verplichtstelling wordt verhoogd;
12. voor bovenstaande mogelijkheid is geen wetswijziging nodig.

5.5.5 Vormgeving verplicht gestelde pensioenregeling voor zelfstandigen

De vormgeving van een pensioenregeling van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, waarin (kleine) zelfstandigen deelnemen, kan op verschillende wijzen plaatsvinden binnen de huidige systematiek van de Verplichtstelling. Thans ben ik alleen bekend met het Bpf Schilders en het Bpf Bouw dat (groepen) zelfstandigen onder de werkingssfeer heeft gebracht.⁴³⁴ Het Bpf Schilders heeft een brede dekking, doordat alle werknemers en ondernemers (zowel de werkgevers als de zelfstandigen) die werkzaam zijn in de Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbranche in beginsel onder de werkingssfeer vallen. In totaal bestreek

⁴³⁴ Zzp'ers die werkzaam zijn als schilder, glaszetter of werkzaam zijn in het afwerkingsbedrijf, zijn verplicht aangesloten bij het Bpf Schilders. Zzp'ers die werkzaam zijn als stukadoor, in het afbouw-, het natuursteen- of terrazzobedrijf, zijn verplicht aangesloten bij het Bpf Bouw.

het fonds in 2011 121.000 personen en had het in dat jaar een totaal pensioenvermogen van 4,5 miljard. De pensioenregeling van het Bpf Schilders zou mogelijk als voorbeeld kunnen dienen voor de vormgeving van andere pensioenregelingen, bij de uitbreiding van de werkingssfeer naar zzp-ers en andere (kleine) zelfstandigen.

Er zijn echter ook bezwaren. Zelfstandigen vinden het veelal van belang dat zij zelf kunnen bepalen hoeveel premie zij jaarlijks voor pensioenopbouw besteden. Uit de aard van het ondernemerschap volgt immers dat het inkomen van een zelfstandige geen jaarlijkse vast staand gegeven is, maar grote fluctuaties kan vertonen. Ook zijn er zelfstandigen die slechts zelfstandig en op vrijwillige basis pensioenvoorzieningen buiten de tweede pijler willen treffen.

Uiteraard geldt: hoe minder premie de zelfstandige betaalt, hoe minder pensioen wordt opgebouwd. In zoverre behoudt de zelfstandige een eigen verantwoordelijkheid en controle over de uitgaven, die in lijn is met de verantwoordelijkheden die horen bij het zelfstandig ondernemerschap. Bij het respecteren van deze vrijwillige keuze ten aanzien van de hoogte van de premie is het argument in het Zelfstandigen-rapport dat pensioenopbouw voor zelfstandigen veelal te duur zou zijn, minder valide. De hier bedoelde keuzevrijheid staat echter op gespannen voet met het karakter van de Verplichtstelling en is bovendien niet a-priori verenigbaar met de in de Wet Bpf 2000 voorgeschreven doorsneepremie.

Verder moet een oplossing worden gevonden voor het gegeven dat het jaarlijkse inkomen van zelfstandigen sterk kan fluctueren. De vraag is of de huidige pensioenregelingen binnen een verplicht bedrijfstakpensioenfonds voldoende zijn toegesneden op pensioenopbouw voor deelnemers met een zodanig wisselend inkomen. Indien dat niet het geval is, kan de vraag worden gesteld of er wellicht een specifieke afzonderlijke zelfstandigenregeling door fonds kan worden uitgevoerd als onderdeel van de verplichtstelling. Dat zou binnen de huidige opzet van de Wet Bpf 2000 in ieder geval tot een van de regeling voor werknemers afwijkende premie kunnen leiden (zie artikel 8 leden 1 en 2 Wet Bpf 2000). In de fiscale behandeling van de pensioenopbouw voor zelfstandigen zal voorzien moeten worden.

Er zijn dus nog wel wat haken en ogen indien zelfstandigen worden gebracht onder de reikwijdte van een Verplichtstelling. Nader onderzoek is nodig om te beoordelen welke oplossingen recht kunnen doen aan de eigen aard van de positie van een zelfstandige en geen strijd opleveren met het nationale en EU-mededingingsrecht. Er dient in dat verband ook nader beoordeeld te worden op welke wijze de Verplichtstelling voor zelfstandigen is te handhaven. Knelpunten zullen onder meer de handhaving van de verplichte aansluiting van zelfstandigen betreffen en de handhaving bij de premie-inning. Aandacht zal moeten worden besteed aan de vraag of – voldoende representatieve – organisaties van zelfstandigen een rol moeten en kunnen krijgen bij de aanvraag van de Verplichtstelling en of actie nodig is ten aanzien van (het verhogen van) de organisatiegraad. De administratieve uitvoerbaarheid moet een aandachtspunt zijn. Mogelijk zou een verplichtstelling met een verplichte vrijstellingsgrond (opting-out) een oplossing kunnen zijn. De werkbaarheid daarvan zal nader moeten worden onderzocht, mede gelet op de vraag of en zo ja welk niveau van eigen pensioenregeling die zelfstandige zou moeten hebben om voor vrijstelling in aanmerking te komen en of de noodzaak van de Verplichtstelling⁴³⁵ nog langer zal bestaan onder het EU-mededingingsrecht indien de mogelijkheid wordt geboden uit te treden. Naar dit punt zal ik in de komende tijd nader onderzoek doen.

Bij aansluiting van zelfstandigen binnen de huidige Wet Bpf 2000 wijs ik er verder op dat geen Verplichtstelling kan worden gerealiseerd voor zelfstandigen in zijn algemeenheid. Een

⁴³⁵ Te weten: zonder Verplichtstelling kunnen 'goede' risico's immers weglopen, waardoor kosten onaantoonbaar hoog kunnen worden voor 'slechte' risico's. Het handhaven van het uitsluitende recht van een pensioenuitvoerder kan alleen goed werken middels de Verplichtstelling.

Verplichtstelling kan alleen gelden voor zelfstandigen die werkzaam zijn binnen de bedrijfstak waarop de betreffende Verplichtstelling ziet. Voor een zelfstandigen-brede pensioentoeegang zullen oplossingen buiten de tweede pijler onderzocht moeten worden. Hierbij benadruk ik tenslotte dat de verplichte aansluiting van zelfstandigen, waaronder de zzp-ers, tegemoet dient te komen aan de door de regering geformuleerde sociale doelstelling: een groot deel van de zelfstandigen bevindt zich in economische en sociaal opzicht op een zelfde niveau als vergelijkbare werknemers. In de parlementaire geschiedenis bij de Wet Bpf 2000 werd reeds gewezen op deze beschermingsgedachte ten aanzien van kleine zelfstandigen. Gezien recente onderzoeksresultaten, waaruit blijkt dat zelfstandigen over het algemeen te weinig pensioenvoorzieningen treffen om een (forse) inkomensval op de pensioengerechtigde leeftijd te voorkomen, zal een vorm van Verplichtstelling voor velen in een behoefte kunnen voorzien. Het is evenwel bij de huidige stand van wetgeving aan sociale partners om de Verplichtstelling voor zelfstandigen te openen. Ik beveel wel nader onderzoek aan naar bredere mogelijkheden voor een op de positie van zelfstandigen toegesneden pensioenregeling.

5.6 Tussenconclusie

Voor de toekenning door de Minister van een Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling is voldoende representativiteit een vereiste, evenals de aanwezigheid van een bepaalde mate van solidariteit in de pensioenregeling. De verzoekende partijen dienen voldoende representatief te zijn ten opzichte van de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak. De dalende organisatiegraad onder jongeren en de toenemende organisatiegraad onder (de groeiende groep) ouderen die zijn aangesloten bij vakbonden, hebben geen effect op de legitimiteit van het instrument van de Verplichtstelling. Deze ontwikkeling kan er op den duur wel voor zorgen dat er (veel) minder fondsen verplicht kunnen worden gesteld en zal met name een bedreiging vormen voor de fondsen met een groot aantal jonge deelnemers. Het is primair de verantwoordelijkheid van sociale partners om zelf voor een voldoende organisatiegraad te zorgen. Informatie over pensioenen middels het aangaan van een lidmaatschap van een vakbond kan het pensioenbegrip van jongeren mogelijk stimuleren. Ook biedt het lidmaatschap jongeren de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de inhoud van de pensioenregeling, waardoor de belangen van jongeren beter gereflecteerd kunnen worden in de pensioenregeling.

Het reële pensioencontract voldoet op dit moment niet volledig aan de criteria die de Pensioenwet aan de uitkeringsovereenkomst stelt. Er is immers geen sprake van een vastgestelde pensioenuitkering bij het reële contract. De hoogte van de pensioenuitkering hangt bij het reële pensioencontract af van de betaalde premie en de daarop behaalde rendement; deze ademt mee met de levensverwachting. Op grond van de huidige bepalingen in de Pensioenwet neigt het karakter van het reële pensioencontract naar dat van de premieovereenkomst, omdat sprake is van een vastgestelde premie die wordt omgezet in pensioen (op uiterlijk de pensioendatum, maar het kan ook onmiddellijk). Deze karakterduiding knelt echter, gezien de doelstellingen van het reële contract. Het zou in dat verband mijn voorkeur hebben dat de definitie van de uitkeringsovereenkomst zo wordt bijgesteld dat het reële pensioencontract er onder kan komen te vallen. Een andere mogelijkheid is dat het reële pensioencontract een eigen karakter krijgt in de Pensioenwet.

Het reële pensioencontract is qua doorsneesystematiek minder solidaire dan een uitkeringsovereenkomst. Dat hoeft echter nog niet te leiden tot onverenigbaarheid met het EU-recht. Het hanteren van een solidaire premie en het in voldoende mate opnemen van solidaire elementen in de regeling, is voldoende om te kunnen voldoen aan het solidariteitsbeginsel waaraan wordt getoetst indien de noodzaak voor het uitsluitende recht van een verplicht gesteld fonds langs de lat van het EU-mededingingsrecht wordt gelegd (art. 106 lid 2 VWEU). Door gebruikmaking van één collectief beleggingsbeleid kan het solidaire karakter van een premieregeling worden vergroot.

De voorgenomen herziening van de IORP-Richtlijn geeft aanleiding tot zorgen binnen een aantal lidstaten, waaronder Nederland. Deze herziening zal toe zien op het creëren van een *level playing field* tussen pensioenfondsen en de onder de Solvency II Richtlijn⁴³⁶ vallende verzekeringsmaatschappijen.⁴³⁷ Ook ziet de herziening toe op het bevorderen van grensoverschrijdende pensioenactiviteiten, het verbeteren van de algemene pensioenvoorzieningen en het toezicht daarop binnen de EU.⁴³⁸ De Nederlandse regering vreest dat de vormgeving van het nationale tweede pijler pensioenstelsels in het geding zal komen. De voorgenomen herziening van de IORP-Richtlijn kan leiden tot het stijgen van de kosten van pensioenfondsen en een stijging van de premie, dan wel daling van de pensioenopbouw. De Nederlandse meent om die reden dat de voorgenomen herziening in strijd is met het doel van de EC om de tweede pijler pensioenen betaalbaar te houden en kostenefficiënter te maken. Ik meen dat de voorgenomen herziening niet direct zal resulteren in onverenigbaarheid van de Verplichtstelling met het EU-recht. Mogelijk kan wel worden gesteld dat vanwege de herziening een aantal voordelen zal ontvallen aan de Verplichtstelling, die kunnen pleiten voor de uitvoering door andere pensioenuitvoerders dan de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Het beoordelen van alternatieven, die minder ingrijpend zijn voor de concurrentie op de markt dan de Verplichtstelling en een zelfde resultaat kunnen bereiken, is echter voorbehouden aan de individuele lidstaten.

Ten slotte is besproken dat van de mogelijkheid om binnen de systematiek van de Verplichtstelling groepen zelfstandigen onder de reikwijdte van een Verplichtstellingsbeschikking te scharen, wordt nog nauwelijks gebruik gemaakt. Aangezien ik slechts bekend ben met het Bpf Schilders, waaraan zelfstandigen, die als hoofdbedrijf het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf uitoefenen, gehouden zijn deel te nemen en het Bpf Bouw, waaraan zelfstandigen in de sectoren Afbouw en Natuursteenbedrijf verplicht dienen deel te nemen. De deelneming van (kleine) zelfstandigen aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kan ingevolge de parlementaire behandeling bij de Wet Bpf (thans: Wet Bpf 2000) van belang zijn voor de gehele bedrijfstak. Gedacht kan worden aan het belang van een gezonde structuur van het bedrijfstakpensioenfonds en het belang dat oudere zelfstandigen in een bedrijfstak van een redelijke oudedagsvoorziening kunnen genieten. Ik voeg daaraan toe dat een stijgende deelname van zelfstandigen aan verplicht gestelde fondsen (en regelingen) naar verwachting zal kunnen leiden tot het verhogen van betrokkenheid bij het pensioenvraagstuk, het vergroten van het pensioenbewustzijn en het verhogen van de organisatiegraad. De voorgaande ontwikkelingen zullen sociale partners in staat stellen beter rekening te houden met de belangen van sociale partners in de pensioenregelingen en (mede) daardoor kan het draagvlak voor de Verplichtstelling onder zelfstandigen worden vergroot. De Minister is thans, gezien het rapport over zelfstandigen en pensioen, geneigd oplossingen voor zelfstandigen buiten de tweede pijler te zoeken. Wel heeft de Minister aangegeven nader te onderzoeken of het verminderen of opheffen van knelpunten bij het onderbrengen van zelfstandigen onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds mogelijk is. Een dergelijk onderzoek naar de knelpunten die ik bovenstaand heb genoemd, is meer dan gewenst.

* * * *

⁴³⁶ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf ('**Solvency II Richtlijn**').

⁴³⁷ EC Witboek Pensioenen 2012, bijlage 1, p. 18 en 19.

⁴³⁸ EC Witboek Pensioenen 2012, bijlage 1, p. 18 en 19. Het doel van de herziening is het tegengaan van de overheidsschulden en het aanpakken van de uitdagingen die de vergrijzing met zich brengt; zie ook *Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 112, p. 4.*



Hoofdstuk 6

Alternatieven voor de Verplichtingstelling

6 Alternatieven voor de Verplichtstelling

Staatssecretaris Klijnsma heeft recent aangekondigd een bredere maatschappelijk discussie over de houdbaarheid van het pensioenstelsel te willen voeren.⁴³⁹ De verplichtstelling, die een wezenlijk onderdeel van het Nederlandse pensioenstelsel vormt, zal naar verwachting besproken worden als onderdeel van de bredere discussie over de vormgeving van het aanvullende pensioenstelsel.

In dit hoofdstuk wordt een aantal alternatieven beoordeeld dat vanuit de markt en de literatuur is aangedragen voor de Verplichtstelling. Deze alternatieven worden getoetst aan het EU-mededingingsrecht. Het HvJEU heeft in de arresten *Brentjens c.s.* overwogen dat, gezien de sociale functie van de aanvullende pensioenregelingen en de ruime beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken bij het inrichten van hun sociale zekerheidsstelsel, het aan de Nederlandse regering is om te onderzoeken of het aangedragen alternatief ertoe leidt dat een zelfde pensioenniveau kan worden gegarandeerd als bij het gebruik van de verplichtstelling. De Nederlandse regering dient het onderzoek te verrichten met het oog op de karakteristieken van het nationale pensioenstelsel. Bij de beoordeling van eventuele alternatieven voor de Verplichtstelling zal derhalve steeds worden beoordeeld of met een alternatief ten minste een zelfde resultaat kan worden bereikt als met de Verplichtstelling, op een minder ingrijpende wijze.

6.1 Inleiding

Op 13 maart 2001 overhandigde de toenmalige staatssecretaris van SZW, de heer Hoogervorst, een notitie over alternatieven voor de Verplichtstelling aan de voorzitter van de Tweede Kamer (**“Notitie alternatieven Verplichtstelling”**).⁴⁴⁰ Deze notitie was toegezegd tijdens het debat over de taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars.⁴⁴¹ De staatssecretaris gaf aan het systeem van de Verplichtstelling een goed instrument te vinden om hoge dekkingsgraden te realiseren voor de aanvullende pensioenen. Hij merkte echter ook op dat hij er al eerder op had gewezen, tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet Bpf 2000, dat er argumenten tegen het gebruik van de Verplichtstelling kunnen worden ingebracht, zoals de beperking van de keuzevrijheid. De staatssecretaris voorspelde dat deze argumenten in de komende jaren aan relevantie zouden kunnen winnen door ontwikkelingen zoals de toenemende flexibilisering van de arbeidsmarkt, de toenemende keuzemogelijkheden voor consumenten, de individualisering en verdergaande Europese samenwerking.⁴⁴² Uit onderzoek van het CPB uit 2000 was echter gewezen op zeer grote risico's voor de ouderdagvoorzieningen indien zou worden overgegaan tot meer marktwerking, gezien de (in)transparantie op de pensioenmarkt.⁴⁴³ Dat was voldoende reden om de aangedragen alternatieven niet nader te onderzoeken.

De in de Notitie Alternatieven Verplichtstelling besproken alternatieven zijn kort gezegd (i) de introductie van een pensioenplicht; (ii) de handhaving van de Verplichtstelling met een maximering van het ambitieniveau en de mogelijkheid voor werkgevers om elders een aanvullende pensioenregeling te treffen; en (iii) de Verplichtstelling op bedrijfstakniveau, waarbij niet de onderbrenging bij een bedrijfstakpensioenfonds verplicht is voorgeschreven, maar de deelname aan de pensioenregeling. Deze alternatieven behelzen ook nu nog relevante gedachten. De invulling van sommige alternatieven is echter onderhavig aan de toenmalige tijdsgeest en zal gezien de ontwikkelingen op het vlak van pensioenen een nieuwe invulling

⁴³⁹ *Kamerstukken II* 2012/13, 31 311, nr. 29, p. 3.

⁴⁴⁰ *Kamerstukken II* 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 1.

⁴⁴¹ *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 537, nr. 3.

⁴⁴² *Kamerstukken II* 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 1.

⁴⁴³ Rapport CPB 2000.

behoeven. Onderstaand worden de volgende alternatieven vanuit een juridisch perspectief besproken:

1. De introductie van verschillende typen pensioenplichten, waaronder het Deense model (zie §6.2);
2. de afschaffing van de Verplichtstelling en vervanging door de uitbreiding van AOW-aanspraken (zie §6.3);
3. de afschaffing van de Verplichtstelling en introductie van de individuele pensioenspaarrekening (zie §6.4); en
4. de Verplichtstelling van de pensioenregeling bij bedrijfstakpensioenen, in plaats van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (zie §6.5).

6.2 Pensioenplicht

De introductie van een pensioenplicht resulteert in een volledige dekkingsgraad bij aanvullende pensioenen en het verdwijnen van de witte vlekken. Nederlandse ingezetenen worden allen in staat gesteld om pensioen op te bouwen in aanvulling op de AOW, in tegenstelling tot de huidige dekking van circa 80%, die wordt bereikt door Verplichtstellingen en collectieve pensioenregelingen op werkgeversniveau. Op het eerste gezicht levert dit een positief beeld op. Desalniettemin zal in deze paragraaf worden gemotiveerd, dat een pensioenplicht niet te verkiezen is boven de huidige Verplichtstelling.

Het idee van een pensioenplicht, zoals voorgesteld in de Notitie Alternatieven Verplichtstelling, is niet nieuw. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet Bpf (thans: Wet Bpf 2000) is reeds door enkele leden in de Kamer aangegeven dat de voorkeur uitging naar het verplicht stellen van een algemene pensioenregeling voor ‘arbeiders’, boven de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds.⁴⁴⁴ Deze leden vreesden aanvankelijk dat de verplichte deelneming in een specifiek bedrijfstakpensioenfonds arbeiders te veel zou binden aan de specifieke bedrijfstak en werkgever. Het nadeel hiervan was volgens de leden dat de werknemers hun rechten zouden verliezen bij het verlaten van de bedrijfstak. Deze vrees is (grotendeels) ongegrond gebleken doordat bij wet is bepaald dat opgebouwde rechten niet mogen worden aangetast (artt. 20 PW en 34 WVB). Dat geldt ook indien de waarde van pensioen wordt overgedragen van de ene pensioenuitvoerder naar de andere pensioenuitvoerder. De veranderde omstandigheden op de (mobielere) arbeidsmarkt en demografische wijzigingen kunnen echter wel resulteren in het verlies van voordelen voor jongere generaties en generaties van middelbare leeftijd (zie §§4.5.1 en 6.2.1 t/m 6.2.2).

6.2.1 Uniforme pensioenregeling en minimumpensioenregeling

In de Notitie alternatieven Verplichtstelling zijn twee typen pensioenplichten beschreven: het Zwitserse pensioenmodel en het Chileense pensioenmodel.⁴⁴⁵ Bij het Zwitserse pensioenmodel wordt een pensioenregeling met een minimumniveau verplicht gesteld en dienen werkgevers de pensioenregeling, die desgewenst kan worden aangevuld boven het minimumniveau, zelf onder te brengen bij een pensioenuitvoerder. Bij het Chileense pensioenmodel is sprake van een wettelijke pensioenplicht die één uniforme pensioenregeling voorschrijft, waarvoor werkgevers een verplicht voorgeschreven premie betalen en waarbij werknemers de pensioenuitvoerder kiezen. Bij beide de modellen wordt de invloed van sociale partners ingeperkt.⁴⁴⁶ Ik bespreek deze twee pensioenmodellen onderstaand.

⁴⁴⁴ Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 4 (‘Voorlopig Verslag’), p. 5. Zie ook de arresten Brentjens c.s. waarin de werkgevers in kwestie stelden dat het verplicht verzekeren van een pensioen met een minimumniveau een minder ingrijpend alternatief voor de Verplichtstelling zou vormen.

⁴⁴⁵ Kamerstukken II 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 1.

⁴⁴⁶ Kamerstukken II 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 10.

Aan het Zwitserse en Chileense pensioenmodel zijn nadelen verbonden. Een uniform voorgeschreven pensioenregeling in het Chileens model doet in de eerste plaats geen recht aan de belangen van werkgevers en werknemers op bedrijfstak-, branche-, of beroepsniveau. Dat kan leiden tot inefficiëntie en onnodige kosten binnen de regeling. Deelnemers moeten voorts in verhoogde mate zelf aanvullende pensioenvoorzieningen treffen, daar waar de uniforme pensioenregeling geen rekening houdt met de behoeften die er binnen de bedrijfstak-, branche- of beroepsniveau bestaan. In die zin meen ik dat de Verplichtstelling, waarbij de inhoud van de pensioenregeling wordt bepaald door sociale partners of een beroepspensioenregeling, in zijn algemeenheid beter zal aansluiten bij de behoeften. Het bij de deelnemer neerleggen van een onderbrengingsplicht stuit bovendien op bezwaren. Deelnemers vinden pensioenen lastige materie en menen over het algemeen onvoldoende kennis te bezitten van pensioenen, is gebleken uit onderzoek.⁴⁴⁷ Zij zijn doorgaans niet in staat te beoordelen welke pensioenuitvoerder qua prijs en kwaliteit een goed aanbod doet. Keuzevrijheid leidt dan niet tot een hogere doelmatigheid omdat de markt voor oudedagsvoorzieningen voor hen onvoldoende transparant is.⁴⁴⁸ Het ‘experiment’ met de oude c-polis, waarbij de werknemer de formele verzekeringnemer was en contracteerde met de verzekeraar, mislukte dan ook. Ten tijde van de afschaffing van de c-polis veranderde er weinig, omdat het in de praktijk al de werkgever, en niet de werknemer was, die de verzekering afsloot.

Het afschaffen van de Verplichtstelling zal er naar verwachting toe leiden dat deelnemers in verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen op de korte termijn blijven deelnemen in het eigen fonds of in de eigen regeling. De betrokken uitvoerders zullen in dat geval naar verwachting bovenop de uniforme regeling (‘het Chileense model’) een aanvullende regeling aanbieden, zodat de oorspronkelijke toezegging aan werknemers (min of meer) kan worden nagekomen. Op welke wijze de lacune tussen toegezegde arbeidsvoorwaarden en een mindere gunstige uniforme pensioenregeling kan worden opgelost, bespreek ik hier niet nader. Dat geldt ook voor de problematiek die voor sociale partners (of beroepspensioenverenigingen) op decentraal niveau ontstaat bij gebrek aan een Verplichtstelling. Sociale partners kunnen bij gebrek aan een Verplichtstelling een pensioenregeling bij CAO overeenkomen, in aanvulling op de uniforme regeling en daarvoor AVV verzoeken. Algemeen verbindend verklaarde pensioenbepalingen in een CAO kunnen echter onder meer vanwege de kortere looptijden van CAO’s, minder recht doen aan de belangen van werknemers.

Ingeval een werkgever de plicht krijgt een collectieve minimumverzekering onder te brengen (het Zwitserse pensioenmodel), zal de werkgever of beroepsgenoot naar verwachting eveneens op de korte termijn bij de eigen uitvoerder blijven; te meer gezien de schaalvoordelen. Doordat de keuze voor de pensioenuitvoerder bij de werkgever ligt, wint de invloed van sociale partners mogelijk aan kracht. Werkgevers die zelf geen keuze voor een pensioenuitvoerder en/of inhoud van de regeling willen maken, zijn immers geneigd bij het vervallen van de Verplichtstelling een lidmaatschap te sluiten met een vakorganisatie binnen de bedrijfstak of beroepsgroep. De representativiteit van sociale partners zal daardoor een bepaalde bedrijfstakken toenemen. Er zijn echter ook werkgevers die, zeker gezien de huidige economische tijden, direct zullen overstappen op de meest goedkope pensioenregeling, zonder de kwaliteit ervan te beoordelen in het belang van de werknemers. Ook hier laat ik een discussie over de vraag of en op welke wijze aanpassing van arbeidsvoorwaarden mogelijk is, achterwege.

De splitsing tussen de uniforme regeling en aanvullende regeling (het ‘Chileense model’) kan leiden tot (onnodige) aanvullingen in de uniforme regeling ten opzichte van de oude regeling. Deze aanvullingen kunnen tot hogere kosten leiden voor werkgevers en deelnemers, welke mogelijk niet geheel kunnen worden opgeheven door toegenomen prikkels bij verplicht

⁴⁴⁷ Van Rooij, Kool & Prast 2007 en Prast, Teppa & Smits 2012.

⁴⁴⁸ Notitie alternatieven Verplichtstelling p. 4.

gestelde fondsen om over te gaan tot een efficiëntere bedrijfsvoering. Op den duur is het mijn verwachting dat werkgevers vanwege het kostenaspect er veelal niet voor zullen kiezen een aanvullende pensioenregeling aan te bieden bovenop de minimum- of uniforme pensioenregeling, waardoor de kwaliteit van de aanvullende pensioenen zal afnemen. Het kostenargument zal zich met name doen gelden in economisch mindere tijden.

Pensioenuitvoerders en pensioeninstellingen kunnen door promotie-aanbiedingen, innovatie en concurrentie (kosten gestuurd) pensioencontracten trachten binnen te halen die zij eerder niet konden sluiten door de Verplichtstellingen. Vanwege een gebrek aan kennis en intransparantie van de pensioenproducten is het echter geenszins een gegeven dat deelnemers de juiste keuze zullen maken.⁴⁴⁹ Te meer omdat werknemers en beroepsgenoten het lastig vinden om op jonge of middelbare leeftijd keuzes te maken waarvan het effect pas op de lange termijn duidelijk wordt. Werkgevers gaan zich naar verwachting over het algemeen bij het afsluiten van minimum pensioenverzekeringen richten op het kostenaspect, hoewel de medezeggenschap binnen de organisatie van een werkgever enig tegenwicht kan bieden in het voordeel van de belangen van werknemers.

Bij een meer versnipperde afsluiting van pensioenverzekeringen komen schaalvoordelen te vervallen die verplicht gestelde fondsen en regelingen hebben ten aanzien van kosten en risicospreiding. De kosten voor de pensioenvoorzieningen kunnen hierdoor toenemen. Schaalvoordelen kunnen op langere termijn wel weer ontstaan indien deelnemers en werkgevers zich sterker gaan organiseren en deel gaan nemen aan dezelfde regeling, waarbinnen geen sprake is van ringfencing. Voor wat betreft het Chileense model zij verwezen naar de ontwikkeling die zich voordeed bij de c-polis. Alhoewel deze polis diende te worden verzekerd door de werknemer, waren het in feite de werkgevers die optraden als verzekeringnemer. Ervan uitgaande dat werkgevers werknemers in het Chileense model zullen willen faciliteren door een collectieve regeling aan te bieden, zal sprake zijn van risicoselectie. De werkgever die, bovenop de standaardpremie in het Chileense model toezegt een percentage van de premie te voldoen, zal te maken krijgen met stijgende kosten indien ‘goede’ risico’s uittreden en werknemers met ‘slechte’ risico’s achterblijven in de pensioenregeling. Dat geldt ook voor werknemers met ‘slechte’ risico’s. De risicoselectie zal overigens wel verminderen indien wordt gekozen voor een regeling zoals het nieuwe reële pensioencontract, dat minder solidaire elementen heeft dan de huidige DB-regelingen die doorgaans gelden binnen verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen.

Een voordeel van het vervangen van de Verplichtstelling door een pensioenplicht, waarbij de keuze voor de pensioenuitvoerder of pensioeninstelling wordt vrijgegeven, is dat de pensioenmarkt niet langer wordt beperkt. Er zal daardoor, zoals gezegd, een verbeterde concurrentie op de kosten kunnen plaatsvinden, alhoewel voor werknemers niet altijd inzichtelijk zal zijn welke kostenvoordelen een uitvoerder biedt en hoe dit zal uitwerken voor de hoogte van de pensioenuitkering. Door gebrek aan kennis en intransparantie in het pensioenproduct, zijn werknemers in zijn algemeenheid onvoldoende in staat om een individueel juiste keuze te maken ten aanzien van pensioenen. Met name de lager opgeleiden kiezen naar verwachting voor de standaardregelingen, zonder aanvulling. Niet alleen zijn aanvullingen kostbaar(der), maar uit onderzoek is gebleken dat men liever geen actieve keuzes maakt binnen een pensioenregeling.⁴⁵⁰ De kosten voor werkgevers en werknemers om in aanvulling op de uniforme of minimumpensioenregeling een aanvullende verzekering te treffen die voldoet aan het oude pensioen niveau, zullen, zoals besproken toenemen door de administratieve lasten en de onnodige opties in de standaardregeling waaraan geen behoefte is, maar waarvoor wel wordt betaald.

⁴⁴⁹ Zie Van Rooij, Kool & Prast 2007; Prast, Teppa & Smits 2012.; en *Kamerstukken II* 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 1.

⁴⁵⁰ Zie Van Rooij, Kool & Prast 2007 en Prast, Teppa & Smits 2012.

Indien de schaalvoordelen binnen verplicht gestelde fondsen en regelingen komen te vervallen door het uittreden van deelnemers, stijgen de kosten van uitvoerders. Daar staat tegenover dat de prikkels voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen om een efficiënte bedrijfsvoering te hebben naar verwachting zullen toenemen. Lagere administratie- en uitvoeringskosten en minder doelmatige beleggingsstrategieën bij deze partijen kunnen hiervan het gevolg zijn. Daarbij moet worden bedacht dat sociale partners en beroepspensioenverenigingen thans ook al een (prikkelende) vinger aan de pols kunnen houden bij de afspraken over pensioenregelingen.

Uit het voorgaande volgt, dat de nadelen voor met name werknemers en beroepsgenoten, de voordelen naar verwachting zullen overtreffen bij het vervangen van de Verplichtstelling door een pensioenplicht. De aanvullende pensioenen van degenen die thans deelnemen in verplicht gestelde fondsen en regelingen zullen er vermoedelijk in zijn totaliteit bezien in kwaliteit op achteruit gaan, terwijl werknemers en beroepsgenoten niet steeds een adequate pensioenvoorziening in de derde pijler zullen (kunnen) treffen om een inkomensval op de pensioendatum tegen te gaan. Ik ben daarbij uitgegaan van de veronderstelling dat de Verplichtstelling van pensioenbepalingen niet via de zijdeur van de AVV CAO zal mogen worden binnen gesluisd. Een achteruitgang van de kwaliteit van aanvullende pensioenen is niet in lijn met de sociale doelstellingen van de regering en de EC op het vlak van pensioenen. De kosten voor de totale pensioenvoorzieningen zullen bovendien naar mijn verwachting per saldo toenemen.⁴⁵¹ De oorzaak is met name gelegen in het verbrekken van collectiviteiten en de introductie van voorgeschreven standaardregelingen, die minder dan op bedrijfstakniveau of beroepsgroepniveau zullen aansluiten bij de behoeften van de deelnemers, en daarnaast voor hen zullen resulteren in stijgende lasten, doordat het afsluiten van een pensioenvoorziening, in aanvulling op de basisvoorziening, zal leiden tot additionele (administratieve) lasten.

6.2.2 Pensioenplicht: minimumpercentage van het bruto salaris of de omzet (Deens model)

Een andere mogelijkheid is dat een pensioenplicht wordt geïntroduceerd op het niveau van werkgevers en ‘anders werkenden’, waarbij zij worden verplicht toe te treden tot een zelf gekozen pensioenregeling, waarbij ten minste een vast minimumpercentage van het salaris of vast premieniveau wordt afgedragen aan de pensioenuitvoerder in kwestie. Een dergelijke pensioenplicht heeft in Denemarken gezorgd voor een brede landelijke dekking en kwalitatief hoogwaardige pensioenen. In tegenstelling tot Nederland heeft Denemarken alleen DC-regelingen. Denemarken is in 2012 door Mercer uitgeroepen tot het land met het beste pensioenstelsel. Getest is op ‘adequacy’, ‘sustainability’ en ‘integrity’.

De problematiek bij ‘anders werkenden’, die geen of minder goede pensioenen opbouwen dan de gemiddelde werknemer, zou door bovenstaande pensioenplicht kunnen worden aangepakt. Individuen zijn immers zonder harde verplichting niet snel geneigd zelf aanvullende pensioenvoorzieningen te treffen. De problematiek van de fiscaliteit, de kosten van de pensioenregeling die alleen door de zelfstandige moeten worden gedragen en de aard van het ondernemerschap blijft echter bestaan, wanneer deze niet wordt aangepakt. Het is de vraag bij een pensioenplicht à la het Deense model, of zou moeten worden gekozen voor het in stand laten van de systematiek van de verplichte deelname op bedrijfstakniveau, of dat keuzevrijheid voor de pensioenuitvoerder op het niveau van de werkgever juist tot het meest adequate pensioen voor de deelnemer zal leiden. Indien voor het eerste scenario zou worden gekozen, kan worden betoogd dat de beperking van de vrije (pensioen)markt overeenkomt met die van de Verplichtstelling. Met het verschil dat de pensioenplicht ingrijpender is met het oog op het ingezette middel (‘proportionaliteitstoets’) en de noodzaak van de pensioenplicht (‘noodzakelijkheidstoets’).

⁴⁵¹ N.B. Ik heb mij hierbij gebaseerd op beschikbare onderzoeken vanuit de economie en heb zelf geen berekeningen gemaakt. Het is aan de economen om over het kostenaspect een gefundeerd oordeel te vellen.

De pensioenplicht zal bijvoorbeeld rechtstreeks ingrijpen in de aard van het ondernemerschap voor zelfstandigen. Wordt gekozen voor het tweede scenario, zoals in Denemarken is gedaan, dan wordt een 'vrijere' pensioenmarkt gecreëerd vanuit het perspectief van de pensioenuitvoerder.

Bij de boven omschreven pensioenplicht is sprake van risicoselectie. Zonder deelnameverplichting zullen goede risico's mogelijk uit de pensioenregeling treden en kunnen de achter gebleven deelnemers met slechte risico's de pensioenen mogelijk niet langer tegen aanvaardbare kosten verzekeren. Een ander risico waarnaar goed moeten worden gekeken bij het onderzoeken van de pensioenplicht, is dat verplicht gestelde pensioenfondsen en pensioenregelingen onder meer schaalvoordelen genieten die mede tot uitdrukking komen in de (lagere) kosten. Werkgevers treden mogelijk uit de verplichte fondsen met het doel toe te treden tot een goedkopere – en naar verwachting – meer uitgeklete pensioenregeling bij een andere pensioenuitvoerder. Een tweede effect daarvan kan zijn, dat de kosten van de huidige verplicht gestelde pensioenfondsen en pensioenregelingen stijgen vanwege een afname van het aantal deelnemers. Gedegen onderzoek zal nodig zijn om te bezien of een dergelijke plicht een beter alternatief kan zijn voor de huidige Verplichtstelling. Het zal daarbij ook de vraag zijn welke rol wordt toegedicht aan de sociale partners in een bedrijfstak op het niveau van de pensioenen.

6.3 Afschaffing Verplichtstelling en uitbreiding AOW-aanspraken

Een alternatief voor de Verplichtstelling is de afschaffing van de Verplichtstelling, in combinatie met de verhoging van AOW-aanspraken. Er wordt bij dit alternatief een grotere mate van verantwoordelijkheid bij de belanghebbenden gelegd om zelf pensioenvoorzieningen te treffen.

De OECD heeft in 2012 een rapport gepubliceerd, waarin de pensioenstelsels van de verschillende lidstaten met elkaar zijn vergeleken.⁴⁵² Uit het rapport blijkt dat personen die onlangs met het werkzame leven zijn gestart en doorwerken tot de pensioengerechtigde leeftijd, gemiddeld de helft van hun netto-inkomen ontvangen vanaf de pensioendatum. In de 13 lidstaten die aanvullende pensioenen verplicht hebben gesteld, waaronder Nederland, loopt dit percentage op tot 60%. Nederland wordt door de OECD geroemd als lidstaat met een van de betere aanvullende pensioenstelsels. In landen zoals Duitsland, Ierland, Korea, Japan en de Verenigde Staten, waar de staatspensioenen relatief laag zijn en de aanvullende pensioenen vrijwillig worden opgebouwd, wordt daarentegen een flinke inkomensterugval verwacht per pensioendatum. De OECD merkt hierbij op dat de Verplichtstelling van pensioenregelingen een effectief middel kan zijn voor een adequate pensioenopbouw, maar niet voor ieder land het gewenste effect zal geven. Met het oog op de houdbaarheid van nationale pensioenstelsels kan volgens het OECD ook worden gepleit voor een verhoging van de AOW-uitkering en de aanmoediging aan personen om derdepijlerproducten aan te schaffen, in combinatie met een stijgende pensioengerechtigde leeftijd. De koppeling van de pensioenopbouw met de pensioengerechtigde leeftijd is in Nederland reeds geïntroduceerd in het nieuwe reële pensioencontract en het Septemberpakket.

Over Nederland meldt de OECD het volgende. Het Nederlandse pensioenstelsel is beter dan vele andere pensioenstelsels in staat om te gaan met 'externe schokken' en demografische ontwikkelingen. Wel zijn er zorgen over de financiële houdbaarheid van het stelsel op de lange termijn, indien geen aanpassingen plaatsvinden. Het AOW pensioen bedraagt in Nederland ongeveer 40% van het gemiddelde totale pensioen op de pensioengerechtigde leeftijd, het aanvullend pensioen bedraagt ook 40% en de individuele voorzieningen in de derde pijler dragen ongeveer 20% aan het totaal bij.⁴⁵³ Het percentage AOW is ingevolge de OECD de

⁴⁵² OECD report 2012.

⁴⁵³ OECD report 2012, p. 57.

afgelopen jaren afgenomen. Het aandeel van de aanvullende pensioenen, en meer recent ook het aandeel van individuele voorzieningen in de derde pijler, is daarentegen gestegen, maar zij hebben niet de daling van de AOW kunnen compenseren.⁴⁵⁴ Het bewerkstelligen van een stijging van de AOW komt derhalve neer op het omkeren van een (dalende) trend.

De vraag komt op, welk voordeel de overheid heeft bij het afschaffen van de Verplichtstelling en het verhogen van de AOW-uitkering. Ingeval de Nederlandse overheid de AOW zou verhogen, dan nemen de lasten van de overheid direct toe, terwijl de regering juist (uit alle macht) probeert de staatsschuld te verlagen. Dit kan bezwaarlijk een voordeel worden genoemd. Het is voorts de vraag in hoeverre de overheid de opbouw van gemiddeld 40% aanvullend pensioen in de pensioentotalen wil ondervangen. Het één op één verhogen van de AOW-uitkering is niet realistisch gezien de hoge kosten. Van werknemers en werkgevers wordt daarom een eigen verantwoordelijkheid gevraagd om zelf pensioenvoorzieningen te treffen. Indien deze voorzieningen niet worden getroffen zullen werknemers er gemiddeld 40% op achteruit gaan op de pensioengerechtigde leeftijd, hetgeen een dramatische armoedeval betekent. Ik merk daarbij – terzijde – nogmaals op dat uit onderzoek is gebleken dat werknemers en beroepsgeenoten er doorgaans vanuit gaan dat de 70%-norm bij een arbeidsverleden van 40 jaar nog wordt gehaald, terwijl de realiteit anders uitwijst.

Een grotere eigen verantwoordelijkheid op het vlak van pensioenen voor werknemers, beroepsgeenoten en werkgevers, herbergt risico's. Het vergroot het spanningsveld tussen de belangen van werkgevers (kosten) en werknemers (levenskwaliteit), of, zo men wil, het spanningsveld tussen de belangen van werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties tijdens CAO-onderhandelingen. Werknemers delven sneller het onderspit indien wordt gesproken over aanvullingen op het wettelijke minimumpensioen, daar werkgevers de regelingen (deels) betalen. In tijden van economische crisis, komen de totale pensioenvoorzieningen van werknemers en beroepsgeenoten bovendien meer onder druk te staan dan in tijden van economische bloei. Werknemers achten zichzelf bovendien vaak niet goed in staat beslissingen te nemen over adequate pensioenaanvullingen (in de derde pijler), vanwege de intransparantie van het pensioenproduct. Te meer niet nu zij rekening moeten houden met het gewenste uitgavepatroon op de lange termijn.

In dit scenario, waarin de overheid de AOW zal verhogen, verwacht ik dat de door de overheid gesubsidieerde verhoging van de AOW minimaal zal zijn. Deze verhoging zal vermoedelijk maximaal de geprognosticeerde achteruitgang aan totale pensioenvoorzieningen in de eerste en tweede pijler betreffen, die optreedt als werkgevers op den duur niet meer bereid zijn (op contractbasis) evenveel pensioenpremie bij te dragen als ten tijde van de Verplichtstelling. De mogelijke effecten van de afschaffing van de Verplichtstelling op de organisatiegraad van werkgevers, laat ik hier voor het gemak onbesproken.

Het gevolg van het afschaffen van de Verplichtstelling is dat de pensioenmarkt niet langer wordt beperkt en dat de concurrentie zal toenemen. In theorie kan dit leiden tot een (kosten) efficiëntere markt. Ik besprak echter reeds in paragraaf 4.7 dat pensioenproducten voor consumenten intransparant zijn door de complexiteit en dat de pensioenkennis bij hen te gering is om goede individuele keuzes te kunnen maken voor een langere periode. Meer keuzemogelijkheden op de markt voor ouderdagsvoorzieningen leiden bovendien niet steeds tot een betere keuze door de intransparantie.⁴⁵⁵ Daardoor treedt marktfalen op. Onder marktfalen kan worden verstaan dat de hypothetische vrije markt niet in staat is om een (bij benadering) optimale uitkomst te genereren in termen van maatschappelijke welvaart (zie §4.4).⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ OECD report 2012, p. 57.

⁴⁵⁵ Zie o.a. *Kamerstukken II 2000-2001*, 26 537, nr. 4, p. 23.

⁴⁵⁶ Zie De Laat, Van de Ven & Canoy 2000, p. 61.

Marktfalen treedt ook op wanneer er geen sprake (meer) is van intergenerationele solidariteit of risicosolidariteit, waardoor de risicospreiding faalt en degenen met ‘slechte’ risico’s zich niet langer tegen aanvaardbare kosten kunnen verzekeren.

Het marktfalen door het gebrek aan kennis kan, gezien het onderzoek van Van Rooij, Kool en Prast, niet geheel teniet worden gedaan door verhoogde en vereenvoudigde communicatie. Dit falen, in combinatie met een geringe prikkel voor werkgevers om (op de lange termijn) op hetzelfde niveau te blijven bijdragen aan aanvullende pensioenvoorzieningen van werknemers, leidt tot de conclusie dat de afschaffing van de Verplichtstelling door een (geringe) verhoging van de AOW, in beginsel zal leiden tot stijgende overheidskosten, achteruitgang in kwaliteit van de pensioenvoorzieningen van werknemers en beroepsgenoten, een lastenvermindering voor werkgevers, een stijging van de winst van pensioenuitvoerders en pensioeninstellingen die zich thans niet kunnen begeven op de markt van verplicht gestelde pensioenen en voor een toenemende groep het risico op een (forse) inkomensval op de pensioendatum, hetgeen zal leiden tot een afname van het vertrouwen in de overheid en het uitgavepatroon van burgers. En tot slot: juist het gemengde sociale pensioenstelsel in Nederland – deels eerste pijler, deels tweede pijler, deels omslag- deels met kapitaaldekking gefinancierd –, lijkt een sterke uitgangspositie voor een toekomstbestendig stelsel te bieden.

6.4 Individuele pensioenspaarrekening

Een ander alternatief dat voor de huidige Verplichtstelling wordt geopperd, is het toewijzen van individuele pensioenspaarrekeningen aan werknemers en beroepsgenoten. Er kan in dat scenario zowel sprake zijn van een verplicht gestelde rekening als van een contractueel overeengekomen pensioenregeling met de werkgever, waarbij maandelijks een bedrag voor pensioenopbouw per individu worden gestort op een (geblokkeerde) rekening. Het gespaarde bedrag kwalificeert voor de fiscus als tweedepijlerpensioen en wordt uiterlijk op de pensioendatum omgezet in een kapitaal dat periodiek tot uitkering komt.

De toedracht van dit voorstel zou kunnen zijn dat door veel fondsen is aangekondigd dat in april 2013 zal worden gekort op de pensioenen. Het argument luidt dan dat het beter is zelf een pensioenspaarrekening te hebben dan deel te nemen in een pensioenfonds, omdat er dan ten minste niet wordt gekort op het spaarbedrag. Op zichzelf een juist argument, maar daarbij worden de voordelen van de Verplichtstelling uit het oog verloren.

Aan de pensioenregelingen van verplicht gestelde fondsen nemen over het algemeen (veel) meer (gewezen) deelnemers en gepensioneerden mee dan in de regelingen die door de overige pensioenuitvoerders en pensioeninstellingen worden uitgevoerd. Hierdoor worden schaalvoordelen behaald ten aanzien van administratieve lasten en het spreiden van risico’s. Deze voordelen zullen in (veel) mindere mate kunnen worden behaald indien wordt belegd op werknemersniveau (of op werkgeversniveau). De populatie is dan immers kleiner. Ook zullen er door het verschil in opbouw van de verschillende werkgeverspopulaties grotere verschillen zijn in kosten, hetgeen tot uiting komt in de premie.

De idee van (sommige) werknemers dat zij beter af zijn door zelf beleggingskeuzes te kunnen maken zal voor het leeuwendeel van de werknemers niet opgaan. Bij de (verplicht gestelde) fondsen werken immers professionele beleggers, die bovendien meer rendement kunnen behalen door schaalvoordelen. Ook worden negatieve rendementsschokken bij de fondsen gespreid over een grote populatie. Bij de individuele werkgever, of de werknemers van één werkgever, kunnen dergelijke schokken minder goed worden opgevangen. Werknemers die zeer risicovol beleggen, zullen in theorie over het algemeen in periodes meer rendement op de premie kunnen behalen dan de fondsen, maar zullen ook vaker minder rendement behalen. Het is zeer de vraag of de risicovolle beleggers op de lange termijn een beter resultaat zullen behalen dan de professionele beleggers. De relevantie van deze vraag is overigens klein, omdat de regering bij zijn streven om werknemers tegen zichzelf te beschermen, zal vasthouden aan

risicoprofielen waarbinnen beleggingsvrijheid bestaat bij premiereregelingen. Ik wijs tenslotte op de kosten die zullen worden gemaakt bij het vrijgeven van de markt voor verplicht gestelde pensioenen met betrekking tot acquisitie, promotie, transactiekosten en overstapkosten. Kortom, ik zie onvoldoende voordelen van een individuele pensioenspaarrekening ten opzichte van een verplicht gestelde pensioenspaarregeling.

6.5 Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling, met ontkoppeling uitvoerder

In deze paragraaf bespreek ik de idee om de Verplichtstelling voor bedrijfstakpensioenfondsen zo te wijzigen dat niet langer de deelneming in het fonds verplicht wordt gesteld, maar de deelneming in de pensioenregeling. De vraag zal zijn op welke wijze deze vorm van Verplichtstelling kan worden vormgegeven en of dit alternatief naar verwachting zal leiden tot een (ten minste) gelijkwaardige pensioenvoorziening voor deelnemers en een minder beperkend effect op de mededinging. Die vraag kan gesteld worden met het oog op het EU-mededingingsrecht. Beperkingen van de vrijheid van diensten en vestiging die kunnen optreden door de Verplichtstelling van de regeling blijven in beginsel legitiem onder de IORP-Richtlijn. Een dergelijke vormgeving van de Verplichtstelling wordt immers ook reeds toegepast voor beroepspensioenregelingen.

6.5.1 Analoge toepassing WVB op bedrijfstakpensioenregelingen?

Het verplichtstellen van de deelneming in een pensioenregeling in plaats van deelneming in een fonds, is reeds geschiedt voor beroepsgenoten op grond van de WVB. Een analoge toepassing ligt derhalve voor de hand. De beroepspensioenregeling wordt op verzoek van een beroepspensioenvereniging verplicht gesteld door de Minister (art. 5 WVB). De vereniging kiest de pensioenuitvoerder. Deze keuzemogelijkheid sluit ingevolge de parlementaire behandeling bij de WVB aan bij de aard van het ondernemerschap van (vrije) beroepsgenoten. De uitvoerder kan zowel een fonds, pensioenverzekeraar of PPI zijn (zie art. 6 lid 2 en 3 jo art. 5 WVB), maar geen API. Ingeval sprake is van een PPI geldt, dat deze instellingen alleen de opbouwfase van DC-regelingen mogen verzorgen. Dat uit zich in het verschil in toezichts- en solvabiliteitsregime met overige pensioenuitvoerders.⁴⁵⁷

Eerder is besproken dat de doorsneepremie (slechts) één van de solidariteitselementen is die het uitsluitende recht van een fonds mede kunnen rechtvaardigen, in relatie tot de beperking van het EU-mededingingsrecht (de ‘algemeenbelangexceptie’ ex artt. 106 lid 2 jo 102 VWEU). Een hoge mate van solidariteit binnen de pensioenregeling bleek ingevolge het HvJEU in de arresten *Brentjens c.s.* onder meer uit de ontkoppeling van de hoogte van de premie en de gedekte risico’s, de verplichting om werknemers te accepteren zonder ze medisch te keuren, de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het Pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van waardevastheid. Ook premiereregelingen kunnen aan deze voorwaarden voldoen, alhoewel geen sprake is van een doorsnee-opbouw.

In het *Kattner Stahlbau* arrest en het *AG2R* arrest nuanceerde het HvJEU op grond van de in die arresten voorliggende casuïstiek, dat was voldaan aan het solidariteitsbeginsel indien cumulatief aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:

1. De financiering van het stelsel geschiedt door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en
2. de waarde van de prestaties is niet noodzakelijkerwijs evenredig aan het loon van de verzekerde.

⁴⁵⁷ *Kamerstukken II 2011-2012, 32 043, nr. 102.* Een voorrangspositie verkrijgt de PPI hierdoor niet op de andere pensioenuitvoerders ingevolge de Minister.

Indien aan bovenstaande twee vereisten is voldaan, moet nog aan de overige eisen van het noodzakelijkheidsvereiste ex artikel 106 lid 2 jo artikel 102 VWEU worden voldaan om het uitsluitende recht van pensioenuitvoerders van een Verplichtstelling te kunnen rechtvaardigen. De Verplichtstelling die noodzakelijk is om de bijzondere sociale taakopdracht te kunnen verwezenlijken en handhaven. Het HvJEU neemt in de arresten Brentjens c.s. en Pavlov aan dat zonder Verplichtstelling de ‘goede’ risico’s mogelijk uit de pensioenregeling zullen stappen, waardoor kosten voor achterblijvers onaanvaardbaar hoog worden. Ook overweegt het HvJEU in die zaken dat handhaving van de Verplichtstelling niet mogelijk is zonder het verlenen van een uitsluitend recht aan de pensioenuitvoerders in kwestie. Of de beperking van de vrije markt door het verlenen van een Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenregeling niet verder gaat dan bij de Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, wordt in paragraaf 6.5.2 beoordeeld.

Evenals bij de verplichtstelling tot deelneming in een fonds, heeft bij het verplicht stellen van de deelneming in een beroepspensioenregeling te gelden, dat een mindere mate van solidariteit binnen (de doorsneesystematiek van) de Verplichtstelling op zichzelf niet meteen hoeft te resulteren in het gevaar lopen van de Verplichtstelling onder het EU-mededingingsrecht. De toets die aan het Kattner Stahlbau arrest en het AG2R arrest valt te ontleen stelt relatief milde eisen aan de mate van solidariteit die is benodigd voor het gebruik kunnen maken van de algemeenbelangexceptie. Het betreft minder zware eisen dan weleens zonder nadere inhoudelijke onderbouwing wordt gesuggereerd in de literatuur, onder verwijzing naar de arresten Brentjens c.s. en het Pavlov arrest.

De mate van solidariteit binnen een beroepspensioenregeling kan wel minder zijn dan bij bedrijfstakpensioenfondsen. Indien bijvoorbeeld wordt gekozen voor een premieregeling waarbij geen gebruik wordt gemaakt van een doorsneepremie, zal bovendien geen sprake zijn van een doorsneepbouw. Of aan het solidariteitsbeginsel en noodzakelijkheidsvereiste wordt voldaan, zal bij een dergelijke beroepspensioenregeling derhalve in grote mate afhangen van de solidaire elementen in de pensioenregeling, waaronder de premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid.

Ik meen dat, indien mocht worden overwogen om de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds te wijzigen in een verplichte deelneming in een fonds, de eis van een doorsneepremie – of andere solidair uitwerkende premie – niet zou moeten worden losgelaten. Het verschil tussen een Verplichtstelling voor werknemers en (zelfstandige) beroepsgenoten is immers de aard van het ondernemerschap van beroepsgenoten. Dit ondernemerschap rechtvaardigt ingevolge de wetsgeschiedenis de keuze voor een minder solidaire (premie)regeling dan bij werknemers. Beroepsgenoten kiezen immers – via de beroepspensioenvereniging – zelf de inhoud van de regeling en de bijbehorende kosten, met als (financiële) drijfveer dat zij zonder de collectieve regeling niet dezelfde pensioenvoordelen kunnen behalen. Bij bedrijfstakpensioenfondsen wordt de inhoud van de pensioenregeling bepaald door zowel werkgeversorganisaties als werknemersorganisaties. Beide hebben andere belangen: werkgevers zullen met name op het kostenaspect letten, terwijl werknemers naast het kostenaspect in hoofdzaak op de kwaliteit van de pensioenregeling zullen letten. Voor werknemers met gemiddeld veel ‘slechte risico’s’ en hogere leeftijden biedt de doorsneesystematiek aanvullende bescherming. Beroepsgenoten hebben in dat opzicht een keuzevrijheid die meer aansluit bij die van ondernemers. Bij werknemerspensioenen geldt daarentegen de beschermende gedachte die de wetgever sinds de introductie van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (de huidige PW) voor ogen heeft gestaan.

6.5.2 Geen keuze voor de uitvoerder voor de werkgever of werknemer.

Opgemerkt zij dat ik slechts de onderbrenging van de verplicht gestelde pensioenregeling op bedrijfstakniveau zal bespreken. Ik ben de mening toegedaan dat het geen goed alternatief voor de huidige Verplichtstelling is voor de deelnemer, indien individuele werkgevers of werknemers mogen kiezen bij welke uitvoerder zij de verplicht gestelde regeling mogen

onderbrengen. Bij een dergelijke keuze zal risicoselectie plaats vinden, met als (mogelijk) gevolg de uittreding van goede risico's en de stijging van de kosten voor 'slechte risico's, tot een onaanvaardbare hoogte. Dit fenomeen zal zich het sterkst voordoen bij de meer solidaire DB-regelingen. Het systeem van Verplichtstellingen zal daardoor een lege huls worden, aangezien de solidariteit eraan zal komen te vervallen. Ook zal sprake zijn van de nodige problemen bij het verevenen van kosten van de verschillende pensioenuitvoerders. Ik verwijs in dat verband alleen al naar de problematiek die ontstond naar aanleiding van de instelling van de Onderlinge Waarborgmaatschappij 'MAAV', die als bestuursorgaan lasten diende te vereffenen tussen pensioenfondsen en verzekeraars in het kader van de Wet Medefinanciering aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.⁴⁵⁸ De vereveningsregeling in kwestie werd door de Rechtbank Amsterdam onverbindend verklaard wegens strijd met de letter en strekking van voornoemde wet. De rechtvaardiging voor (de noodzaak van) het uitsluitende recht voor pensioenuitvoerders en pensioeninstellingen om een pensioenregeling uit te voeren, zal dan vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt lastig te verdedigen worden.

6.5.3 Voordelen en nadelen verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling

De vervolgvraag is, of de Verplichtstelling van de bedrijfstakpensioenregeling voordelen biedt ten opzichte van de verplicht gestelde deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen en of de Verplichtstelling van de pensioenregeling hetzelfde pensioenniveau zal bereiken als bij de reguliere Verplichtstelling, met een minder ingrijpende maatregelen.

6.5.3.1 Vermindering maar geen opheffing concurrentiebeperking

In zijn algemeenheid geldt dat de concurrentiebeperking zal verminderen indien de huidige Verplichtstelling bij bedrijfstakpensioenfondsen wordt vervangen door de Verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenregeling. De concurrentie tussen pensioenuitvoerder en pensioeninstelling kan leiden tot meer efficiëntie, effectiviteit en innovatie, maar zal ook negatieve effecten hebben (zie §§6.5.3.2 t/m 6.5.3.3). In de praktijk zal de concurrentiebeperking naar mijn verwachting niet geheel verdwijnen. In de eerste plaats niet, omdat op pensioenfondsen en verzekeraars gedeeltelijk andere wet- en regelgeving van toepassing is. Pensioenfondsen behoeven bijvoorbeeld niet te streven naar winst, terwijl verzekeraars dat doorgaans wel doen en derhalve vpb-plichtig zijn en pensioenfondsen mogen in beginsel alleen tweedepijlerproducten verzekeren, terwijl verzekeraars zowel tweedepijlerpensioen als derdepijlerpensioen mogen verzekeren. Ook geldt voor pensioenfondsen de eis van één financieel geheel, op grond waarvan zij niet mogen ringfencen (art. 123 PW). Dat resulteert in (solidaire) kruissubsidies tussen de verschillende pensioenregelingen: tekorten die in de ene regeling ontstaan worden bijgefinancierd uit het overschot van de andere regeling. De eis van één financieel geheel voorkomt tevens 'oneerlijke concurrentie' met verzekeraars.⁴⁵⁹ Deze, en andere verschillen (zie §3.2) zijn in hoofdzaak te verklaren vanuit de verschillende aard, verantwoordelijkheden en doelstellingen van pensioenfondsen en verzekeraars.⁴⁶⁰

De concurrentiebeperking zal in de tweede plaats niet geheel verdwijnen als de deelneming in een bedrijfstakpensioenregeling verplicht wordt gesteld, omdat de bedrijfstakpensioenfondsen onder meer (i) een informatievoorsprong hebben ten aanzien van de werkgevers en hun werknemers die onder de werkingssfeer vallen, (ii) vertrouwen kunnen wekken doordat zij reeds bedrijfstakspecifieke kennis bezitten en (iii) vertrouwen kunnen wekken, omdat werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers middels het bestuur van het fonds invloed kunnen blijven uitoefenen op de regeling, anders dan bij pensioenverzekeraars en PPI's.

⁴⁵⁸ Zie Rb. Amsterdam 9 juli 1999, *L/N* AA4272.

⁴⁵⁹ Zie o.a. Boot 2007 en Van Luijk, Lewis & Stokx 2008, p. 44.

⁴⁶⁰ *Kamerstukken II* 2000-2001, 26 537, nr. 4, p. 23.

Ten aanzien van het laatste punt geldt dat, indien het nieuwe reële pensioencontract (zonder verder aanpassingen) zal worden gebruikt voor verplicht gestelde regelingen, deze niet alleen door pensioenverzekeraars en pensioenfondsen mogen worden uitgevoerd, maar ook door PPI's. PPI's mogen immers DC-regelingen uitvoeren tijdens de opbouwfase.

De PPI kan goed op kosten concurreren met verzekeraars en pensioenfondsen. Het is dan ook de verwachting dat steeds meer verzekeraars en pensioenfondsen PPI's gaan 'oprichten' voor de uitvoering van de regeling tijdens de opbouwfase. Voor alle uitvoerders van een verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling, waaronder de PPI, zullen dan meen ik vanuit solidariteitsoogpunt wel basale eisen moeten worden gesteld die reeds gelden voor (bedrijfstak)pensioenfondsen bij de uitvoering van de pensioenregeling, waaronder de eis van één financieel geheel en de doorsneesystematiek. De domeinafbakening zal slechts in zoverre bestaan voor de PPI en verzekeraar, dat zij alleen degenen die binnen de reikwijdte van de bedrijfstak werkzaam zijn, mogen worden aangesloten binnen de specifieke bedrijfstakpensioenregeling. De API, die nog inwerking moet treden, mag ook DB-regelingen uitvoeren en heeft ruimere bevoegdheden dan de PPI. Pensioenfondsen kunnen straks als API opereren zonder dat aan de eis van één financieel geheel hoeft te worden voldaan. Indien het gaat om de uitvoering van een bedrijfstakpensioenregeling benadruk ik dat ik er voorstander van ben dat, binnen de regeling de eis van één financieel geheel geldt, gezien de solidariteit die daardoor ontstaat en die de Verplichtstelling mede legitimeert.

Een voordeel van het verplichtstellen van de pensioenregeling is concluderend, dat de pensioenmarkt open wordt gesteld voor concurrentie. Er zal echter geen sprake zijn van volledig gelijke concurrentie door pensioenfondsen, verzekeraars en PPI's, door het verschil in level playing field tussen pensioenverzekeraars en pensioenfondsen en de voordelen die de huidige bedrijfstakpensioenfondsen reeds hebben ten opzichte van de andere uitvoerders. Het resultaat is derhalve nog steeds dat de mededinging en het vrij verkeer van diensten en vestiging wordt beperkt. Onderstaand wordt besproken of bovenstaand voordeel van de Verplichtstelling opweegt tegen de eventuele nadelen.

6.5.3.2 Verlies sector specifieke kennis

Onderbrenging van de regeling bij een andere pensioenuitvoerder of pensioeninstelling dan het verplicht gestelde fonds zal sector specifieke kennis verloren gaan en de medezeggenschap niet meer via het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds tot uiting komt. Van verlies aan kennis zal met name ook sprake zijn wanneer tevens van pensioenuitvoeringsbedrijf ("pub") wordt gewisseld, aangezien de meeste fondsen gebruik maken van een pub en bij de pub in detail de kennis over de pensioenregeling aanwezig is.

De wisselwerking tussen de belangenbehartiging door sociale partners bij het bepalen van de inhoud van de pensioenregeling en de belangenbehartiging door het bestuur (en de pub) bij de uitvoering van de pensioenregeling, kan bij wisseling van de uitvoerder (en/of pub) komen te vervallen. De medezeggenschap moet in een dergelijke situatie op een andere wijze geborgd worden. De route van medezeggenschap door de OR, zoals van toepassing bij verzekerde regelingen, zal slechts relevant kunnen zijn bij minimumbepalingen, waarvan ten gunste van de deelnemers is afgeweken door een werkgever. Controle op de (correcte) uitoefening van de regeling en overlegmomenten tussen sociale partners en het bestuur van de uitvoerder en pub zullen van toenemend belang zijn bij een goede uitvoering van een verplicht gestelde regeling op bedrijfstakniveau. Het tegengaan van voornoemde sector specifieke kennis zal tot in detail moeten worden uitgewerkt, indien wordt gekozen voor de Verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenregeling.

6.5.3.3 *Stijgende kosten?*

Door het vrijgeven van de markt voor verplicht gestelde aanvullende pensioenen gaan de efficiency prikkels voor verplicht gestelde fondsen naar verwachting toenemen. De fondsen moeten naar verwachting mogelijkheden onderzoeken om tijdens de opbouwfase op kosten te kunnen concurreren met de andere pensioenuitvoerders en pensioeninstellingen, door in de opbouwfase bijvoorbeeld gebruik te maken van PPI's bij DC-regelingen.

Nadelen zijn dat de acquisitiekosten en promotiekosten van de fondsen naar verwachting omhoog gaan, dat verzekeringstechnisch nadeel voldaan zal moeten worden bij een overstap, extra geld zal moeten worden uitgetrokken voor het toezicht op de correcte uitvoering van de pensioenregelingen en er afstemming tussen sociale partners, de nieuwe pensioenuitvoerder (en eventueel nieuwe pub) zal moeten plaatsvinden. Ook zal geld zal moeten worden uitgetrokken voor de (correcte) aanbesteding van de pensioenregeling.

Het is onduidelijk of op de lange termijn sprake zal zijn van een afname van de kosten voor werkgevers- en werknemers bij een pensioenregeling van gelijke inhoud, door niet de deelneming in het fonds verplicht te stellen maar de deelneming in de regeling. Wel kan – voorzichtig – worden aangenomen dat de vraag of het overheidsingrijpen, door de wettelijke verankering van de Verplichtstelling, leidt tot een betere uitkomst dan zonder Verplichtstelling, vanuit een marktperspectief positief moet worden beantwoord.⁴⁶¹

6.5.3.4 *Nader onderzoek*

Het verdient aanbeveling om een meer omvattend onderzoek te verrichten naar de voor en nadelen van het alternatief waarbij deelneming in de pensioenregeling, in plaats van het fonds, verplicht wordt gesteld voor bedrijfstakken. Een consequentie van dit alternatief is dat de concurrentiebeperking op de pensioenmarkt zal afnemen. Er wordt weliswaar nog steeds een monopoliepositie vergeven aan één pensioenuitvoerder, maar er kunnen net als bij de verplicht gestelde beroepspensioenregelingen meerdere (typen) pensioenuitvoerders in aanmerking komen voor het uitvoeren van de Verplichtstelling. Bij de beantwoording van de vraag of aan het proportionaliteitsvereiste en noodzakelijkheidsvereiste wordt voldaan – zijn doel en middel met elkaar in verhouding en kan het doel op een minder ingrijpende wijze worden bereikt - zal onder meer moeten worden gezien of een wijziging van de Verplichtstelling in het voordeel zal zijn van de verschillende groepen deelnemers, met name met het oog op de kosten. Mocht dat al zo zijn, dan zijn er wetswijzigingen nodig om het alternatief mogelijk te maken. Ik adviseer tenslotte (steeds) te kijken bij de Verplichtstelling of er voldoende vraag bestaat bij de achterban naar het opnemen van vrijwillige modules in de pensioenregeling, die verband houden met de basisregeling. Dit met het oog op het eventuele risico dat de vrijwillige modules niet te rechtvaardigen zijn vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt, indien de 'marktvraag' naar de modules binnen de bedrijfstak niet groot genoeg zou blijken te zijn.

6.6 **Tussenconclusie**

In dit hoofdstuk zijn eventuele alternatieven voor de Verplichtstelling onderzocht, die minder beperkend zijn voor de (concurrentie op de) pensioenmarkt, maar een zelfde resultaat bereiken. Ik concludeer vooralsnog dat er gezien de aanwezige alternatieven goede redenen zijn om te betogen dat de Verplichtstelling houdbaar is in het licht van het EU-mededingingsrecht en het vrij verkeer van goederen. Wel adviseer ik eventueel nader onderzoek te verrichten naar het verplichtstellen van een bedrijfstakpensioenregeling, in plaats van de Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en om te onderzoeken of het Deense model zich (deels) leent voor toepassing in Nederland. Een belangrijk uitgangspunt zou bij dat onderzoek moeten zijn of hetzelfde of een beter resultaat kan worden bereikt qua dekking en kwaliteit van

⁴⁶¹ De Laat, Van de Ven & Canoy 2000, p. 27.

de pensioenregeling als bij de Verplichtstelling, terwijl de maatregelen minder vergaande (of ten minste dezelfde) beperkingen van de mededinging ten gevolge hebben. Het doel van de voorgaande alternatieven voor de verplichtstelling dient in verhouding te zijn tot het middel ('proportionaliteitstoets'). Onderstaand volgen mijn conclusies ten aanzien van de onderzochte alternatieven.

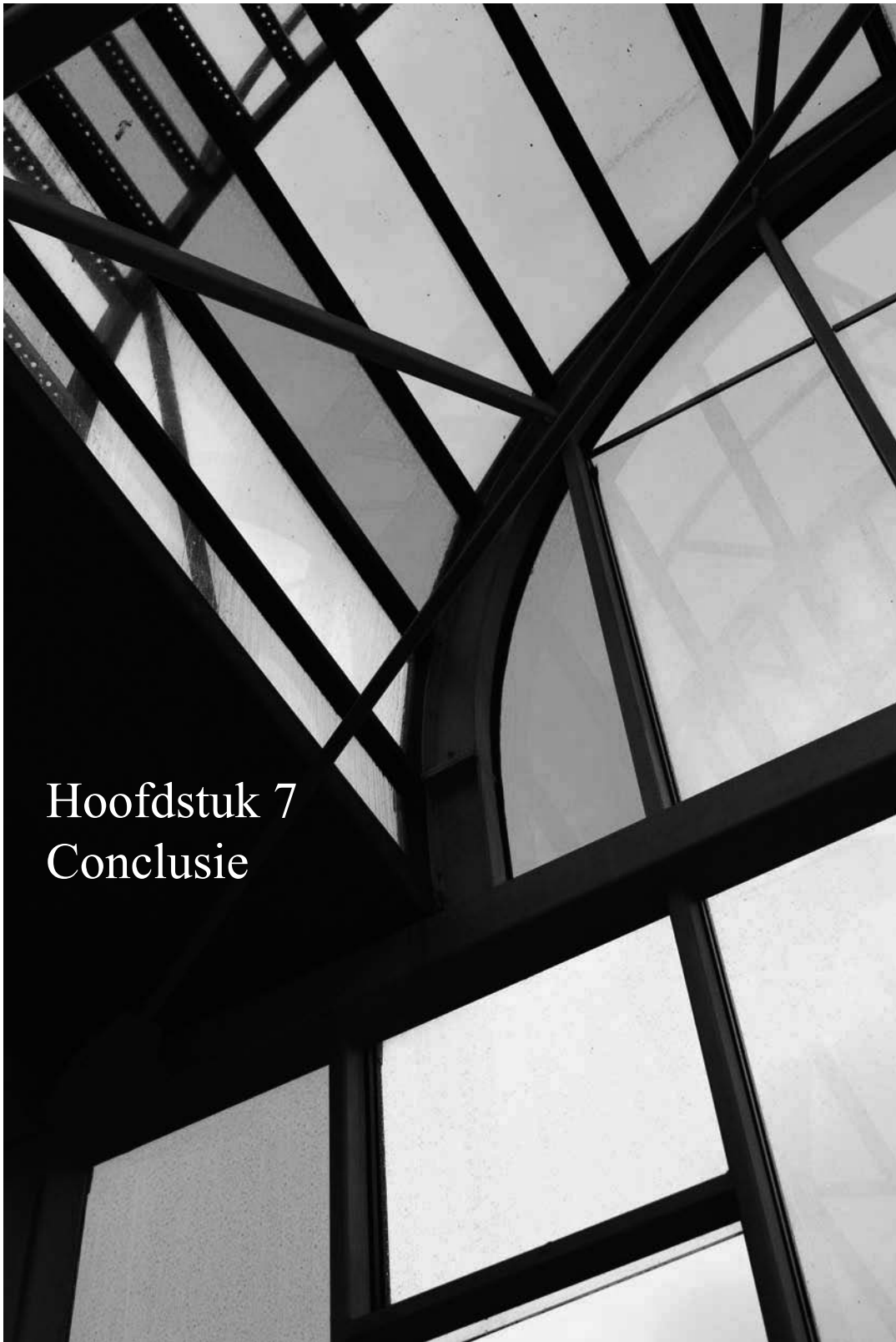
De introductie van een pensioenplicht en de afschaffing van de Verplichtstelling resulteert in een volledige dekkinggraad bij aanvullende pensioenen en het verdwijnen van de witte vlekken. Nederlandse ingezetenen worden allen in staat gesteld om pensioen op te bouwen in aanvulling op de AOW, in tegenstelling tot de huidige dekking van circa 80%, die wordt bereikt door Verplichtstellingen en collectieve pensioenregelingen op werkgeversniveau. Toch is een pensioenplicht niet te verkiezen boven de huidige Verplichtstelling. Een achteruitgang van de gemiddelde kwaliteit ligt dan in het verschiet, doordat niet specifiek op de belangen van een bedrijfstak of beroepsgroep kan worden toegesneden en er mogelijk extra pensioenverzekeringen moeten worden getroffen om recht te doen aan deze specifieke belangen.

Een ander alternatief voor de Verplichtstelling is de afschaffing ervan, in combinatie met de verhoging van AOW-aanspraken en een grotere mate van verantwoordelijkheid van de belanghebbenden om zelf pensioenvoorzieningen te treffen. Ik ben hier geen voorstander van. Juist de goed georganiseerde tweede pijler heeft, met name ook dankzij de Verplichtstelling, voor het Nederlandse pensioenstelsel gezorgd. De OECD erkent dit (mogelijke) belang van de Verplichtstelling, gezien de kwalitatief goede pensioenen van ingezetenen van lidstaten waar een Verplichtstelling geldt, ten opzichte van lidstaten waar sprake is van vrijwillige pensioenvoorzieningen.

Een volgend alternatief dat voor de Verplichtstelling is aangedragen in het toewijzen van individuele pensioenspaarrekeningen aan werknemers en beroepsgenoten. Er kan in dat scenario zowel sprake zijn van een verplicht gestelde rekening als van een contractueel overeengekomen pensioenregeling met de werkgever, waarbij maandelijks een bedrag voor pensioenopbouw per individu worden gestort op een (geblokkeerde) rekening. Het gespaarde bedrag wordt uiterlijk op de pensioendatum omgezet in een kapitaal dat periodiek tot uitkering komt. Ook dit alternatief vind ik niet per definitie leiden tot betere resultaten dan de Verplichtstelling. De individualisering en de koppeling aan beleggingsresultaten maakt het kosteninefficiënt en leidt tot onzekere resultaten.

Het verplichtstellen van de deelneming in een pensioenregeling in plaats van deelneming in een fonds wordt vaak als alternatief genoemd. Dit is reeds de situatie voor beroepsgenoten op grond van de WVB. Ik ben de mening toegedaan dat het geen goed alternatief voor de huidige Verplichtstelling zal zijn voor de deelnemer, indien individuele werkgevers of werknemers mogen kiezen bij welke uitvoerder zij de verplicht gestelde regeling mogen onderbrengen. Bij een dergelijke keuze zal met name bij DB-regelingen risicoselectie plaats vinden, met als gevolg de uittreding van goede risico's en de stijging van de kosten voor 'slechte risico's, tot een uiteindelijk onaanvaardbare hoogte. Het systeem van Verplichtstellingen zal daardoor een lege huls worden, aangezien het solidariteitsbeginsel zal komen te vervallen. Of de onderbrenging van de verplicht gestelde pensioenregeling op bedrijfstakniveau een beter alternatief vormt dan de huidige Verplichtstelling is onduidelijk. Een voordeel van het verplichtstellen van de pensioenregeling kan zijn dat de pensioenuitvoerdersmarkt open wordt gesteld voor concurrentie. Het vereist nader onderzoek om te kunnen concluderen of op de lange termijn sprake zal zijn van een (minder ingrijpend) alternatief voor de Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds.

Met name de hoogte van de kosten voor werkgevers- en werknemers bij een pensioenregeling van gelijke inhoud, toezicht op de (correcte) uitvoering van de pensioenregeling en het opvangen van kennisverlies bij het wisselen van pensioenuitvoerder, doen reeds twijfel rijzen of hiervan sprake zal zijn.



Hoofdstuk 7 Conclusie

7 Conclusie

7.1 Probleemstelling

De verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen vormen een belangrijk onderdeel van het Nederlandse pensioenstelsel. Het leeuwendeel van de werknemers is via het dienstverband met de werkgever verplicht deel te nemen aan bedrijfstakpensioenfondsen (circa 76% in 2010). Binnen de EU geldt dat Nederlandse ingezetenen een relatief laag eerstelijderspensioen hebben (AOW) en een relatief hoog aanvullend tweede pijlerspensioen. Alles bijeen genomen is sprake van hoogwaardige pensioenvoorzieningen. Rustig achterover zitten is echter niet (meer) van deze tijd. De kwaliteit van pensioenregelingen is de afgelopen jaren verminderd, risico's in de opbouwfase worden steeds vaker verlegd naar de werknemer, de fiscale maximering van de jaarlijkse pensioenopbouw wordt versoberd en in april 2013 heeft een groot aantal pensioenfondsen moeten korten op de pensioenen. Er wordt niet alleen maar lovend gesproken over de (systematiek van) de Verplichtstelling; er is ook kritiek. Goed onderbouwde kritiek kan leiden tot verbetering van een systeem en dient derhalve serieus te worden geanalyseerd. Of de Verplichtstelling in de huidige vorm zal blijven staan, is uiteindelijk aan de politiek. De Minister heeft zich in het verleden steeds uitgesproken vóór het behoud van de Verplichtstelling, die is gebaseerd op solidariteit en collectiviteit.

In dit onderzoek is vanuit civielrechtelijk perspectief de vraag beantwoord of de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling houdbaar is, in het licht van het nationale en EU-mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging. Dat is geschied door in hoofdstuk 3 de huidige legitimiteit van de Verplichtstelling te bespreken op nationaal niveau en EU-niveau, waarna in hoofdstuk 4 nader is ingegaan op de solidariteit binnen pensioenregelingen en de invulling van de doorsneesystematiek. In hoofdstuk 5 is besproken of een aantal ontwikkelingen mogelijk effect heeft op de houdbaarheid van de Verplichtstelling. Hoofdstuk 6 richt zich op de vraag of er alternatieven zijn voor de Verplichtstelling die ten minste een zelfde resultaat kunnen sorteren als de huidige Verplichtstelling, maar minder ingrijpen in de vrije marktwerking.

7.2 Hoofdstuk 3 – Het mededingingsrecht en het vrij verkeer

De Verplichtstelling voorkomt ondergraving van arbeidsvoorwaarden en bewerkstelligt rust en orde in de desbetreffende bedrijfstak of beroepsgroep. De Nederlandse regering is van mening dat dit een groot goed is. Zij kwalificeert de uitvoering van de Verplichtstelling door bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenfondsen dan ook als bijzondere sociale taak. Deze taakopdracht, die voor de fondsen resulteert in het behartigen van een uitsluitend recht en concurrentiebeperking ten gevolge heeft, werd meer dan tien jaar geleden door het HvJEU als voldoende rechtvaardiging gezien voor de inbreuk op de regels van het mededingingsrecht.

Zonder de Verplichtstelling (en de afdwingbaarheid daarvan), kunnen de daarmee samenhangende doelstellingen niet worden gehaald. De Verplichtstelling maakt vormen van verzekeren mogelijk die in de markt niet (gemakkelijk) te realiseren zijn. Het stelsel leidt tot relatief lage uitvoeringskosten en biedt de mogelijkheid risico's met anderen te delen, zoals het risico op arbeidsongeschiktheid en het langlevensrisico.⁴⁶² Het stelsel kent een hoge mate van solidariteit, waarbij het HvJEU mede belang heeft toegekend aan het hanteren van de doorsneepremie. Het belang van een doorsnee-opbouw is niet expliciet genoemd door het

⁴⁶² Het langlevensrisico is het risico dat met het beschikbare vermogen het pensioen daadwerkelijk uitgekeerd zal moeten worden vanaf de pensioendatum. Ingeval een deelnemer overlijdt voor de pensioendatum valt het opgebouwde vermogen toe aan het collectief en is sprake van sterftewinst.

HvJEU, maar leidt eveneens tot een herverdeling van de marktwaarde. Ook worden elementen in een pensioenregeling zoals het waardevast houden van pensioenen en het toekennen van een premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid als solidair beschouwd.

Op verzoek van sociale partners of beroepspensioenverenigingen kan de Minister deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling verplicht stellen. De verplichte deelname betreft bij verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en hun werknemers die binnen de reikwijdte van de werkingssfeer van de Verplichtstelling vallen en kan ook ‘anders werkenden’ betreffen. De verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling ziet in hoofdzaak op zelfstandige beroepsgenoten, maar kan ook tevens beroepsgenoten in loondienst betreffen. Collectiviteit en solidariteit zijn de bouwstenen waarop de Verplichtstelling rust die nodig zijn voor het behoud van de Verplichtstelling. Solidariteit binnen de pensioenregeling zorgt voor een herverdeling van de marktwaarde van de pensioentoezegging. Deze herverdeling kan op verschillende niveaus plaatsvinden en is doorgaans in het voordeel van degene met meer dan gemiddeld ‘slechte’ risico’s. De solidariteit kan worden opgesplitst in twee hoofdcategorieën: intergenerationele solidariteit en risicosolidariteit. De risicosolidariteit zorgt er onder meer voor dat verschillen in leeftijd, geslacht en gezondheid niet tot uiting komen in de (doorsnee)premie. Risicosolidariteit binnen verschillende leeftijdsgroepen wordt ook wel intragenerationele solidariteit genoemd. De Verplichtstelling resulteert in een brede dekking in een bedrijfstak of binnen een specifieke beroepsgroep.

7.2.1 EU-mededingingsrecht

De stand van zaken is dat het HvJEU meer dan tien jaar geleden voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds in de arresten Albany (zaak C-67/96), Brentjens (zaken C-115/97 t/m 117/97) en Drijvende Bokken (zaak C-219/97) heeft geoordeeld dat sprake is van verenigbaarheid met de regels van het mededingingsrecht (ex artt. 101, 102 en 106 VWEU). In het Pavlov arrest (C-180-184/98) is overeenkomstig geoordeeld voor de verplicht gestelde beroepspensioenregelingen.

Uit bovenstaande arresten van het HvJEU inzake de beperking van het mededingingsrecht en uit arresten van latere datum komt het volgende naar voren. Het doel van de Verplichtstelling is ingevolge de Nederlandse regering dat deze ondergraving van arbeidsvoorwaarden voorkomt en rust en orde in een bedrijfstak of beroepsgroep bewerkstelligt. Dit doel wordt mede bereikt doordat zowel ongebonden als gebonden werknemers en werkgevers kunnen worden verplicht deel te nemen. Hierdoor kunnen deelnemers met ‘goede’ risico’s zich niet onttrekken aan deelneming, waarmee wordt voorkomen dat de kosten van de pensioenverzekering onaanvaardbaar hoog worden voor degenen met ‘slechte’ risico’s. Voorts wordt het financieel evenwicht van het aanvullende (sociale) pensioenstelsel beschermd door de Verplichtstelling. In de parlementaire geschiedenis bij de Wet Bpf is in dat verband mede het belang van risicosolidariteit en intergenerationele solidariteit benadrukt en het belang van het gebruik van de (solidaire) doorsneepremie.

Het HvJEU heeft in de arresten Brentjens c.s. geoordeeld dat de aard en doelstellingen van de collectieve overeenkomsten, die op grond van een verzoek van sociale partners verplicht worden gesteld, relatieve immuniteit voor het kartelverbod rechtvaardigen (art. 101 lid 3 VWEU). Kort gezegd was van belang dat de overeenkomst in kwestie het resultaat was van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners en dat de pensioenregeling, die verplicht is gesteld voor een bedrijfstak, wordt beheerd door een pensioenfonds en rechtstreeks bijdraagt aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarde pensioen. De relatieve immuniteit voor het kartelverbod geldt alleen voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds en niet voor verplicht gestelde beroepspensioenregelingen, omdat alleen in het laatste geval sprake is van sociale partners die de Verplichtstelling verzoeken.

De verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, uitvoerders van verplicht gestelde beroepspensioenregelingen en beroepsgenoten zijn ondernemingen in de zin van het VWEU (zie het Kattner Stahlbau arrest zaak C-350/07 en het AG2R arrest C-437/09). De ACM heeft overeenkomstig bepaald. Er was slechts geen sprake geweest van een onderneming in de zin van artikel 101 e.v. VWEU indien cumulatief aan de volgende voorwaarden zou zijn voldaan (de ‘driestaptoets’):

1. sprake is van een taak van zuiver sociale aard, zonder winstoogmerk;
2. het solidariteitsbeginsel ten uitvoer wordt gelegd; en
3. de activiteit van de pensioenuitvoerder is onderworpen aan staatstoezicht.

Nu de uitvoerders van de Verplichtstelling ondernemingen zijn die economische activiteiten verrichten, zijn de artikelen 101 e.v. VWEU van toepassing. Het uitsluitende recht van de verplicht gestelde fondsen en de concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, kan onder omstandigheden gerechtvaardigd worden. Daarvoor is nodig dat het verlenen van het uitsluitende recht door de Minister aan de uitvoerders van de Verplichtstelling moet worden beschouwd als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan de uitvoerder opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang (de ‘algemeenbelangexceptie’ in art. 106 lid 2 jo art. 102 VWEU). In de arresten *Brentjens c.s.* was daarvan sprake. Het HvJEU achtte ten eerste relevant dat de Nederlandse regering de uitvoering van de Verplichtstelling als bijzondere sociale taak heeft aangewezen en voorts dat de Verplichtstelling voldoet aan de vraag van de markt. Deze vraag betrof toentertijd een pensioen ter hoogte van 70% van het laatstverdiende loon, inclusief AOW, waaraan werd voldaan. De marktvraag wordt ingekleurd door sociale partners en beroepspensioenverenigingen.

In de tweede plaats is voor de algemeenbelangexceptie ex artikel 106 lid 2 VWEU van belang dat de Verplichtstelling nuttig moet zijn om het doel – het voorkomen van onrust, ondergraving van arbeidsvoorwaarden en het nastreven van solidariteit en financieel evenwicht – te bereiken en dat de inbreuk niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk is om het doel te bereiken (de ‘proportionaliteitstoets’). De laatste voorwaarde waaraan moet zijn voldaan in het kader van de algemeenbelangexceptie is het noodzakelijkheidsvereiste. Het HvJEU heeft in de arresten *Brentjens c.s.* overwogen dat, zonder de Verplichtstelling (en de afdwingbaarheid daarvan), de daarmee samenhangende doelstellingen niet kunnen worden gehaald. De Verplichtstelling maakt vormen van verzekeren mogelijk die in de markt niet (gemakkelijk) te realiseren zijn. Ook leidt dit stelsel tot relatief lage uitvoeringskosten en leidt het ontbreken van de Verplichtstelling vermoedelijk tot het weglopen van ‘goede’ risico’s en het achterblijven van ‘slechte’ risico’s in de fondsen, waardoor de ‘slechte’ risico’s zich uiteindelijk niet meer tegen aanvaardbare kosten kunnen verzekeren.

Bij de voldoening aan het noodzakelijkheidsvereiste komt mede belang toe aan het solidariteitsbeginsel, waaraan dient te worden voldaan. In de vakliteratuur wordt veelal zonder nadere inhoudelijke onderbouwing gesteld dat, indien de solidariteit afneemt, de Verplichtstelling mogelijk, of zelfs niet meer te rechtvaardigen zal zijn, onder de enkele verwijzing naar de arresten *Brentjens c.s.* en *Pavlov*. Een dergelijke argumentatie is wat mager en zorgt meen ik voor meer verontrusting over de minimaal benodigde solidariteit in een pensioenregeling dan nodig. Het HvJEU gaf in de arresten *Brentjens c.s.* aan dat was voldaan aan het solidariteitsbeginsel en dat de ‘hoge mate van solidariteit’ mede van belang was voor de rechtvaardiging voor het uitsluitende recht van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds ex artikel 106 lid 2 VWEU.

In latere arresten zijn duidelijkere handvatten geboden, om te bezien welke mate van solidariteit moet worden gehaald om aan het solidariteitsbeginsel te kunnen voldoen. Aan het solidariteitsbeginsel is ingevolge het Kattner Stahlbau en AG2R arrest voldaan indien cumulatief aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:

1. het stelsel wordt gefinancierd door bijdragen waarvan het tarief niet stelselmatig evenredig is aan het verzekerde risico; en
2. de waarde van de prestaties niet noodzakelijkerwijs evenredig is aan het loon van de verzekerde.

Bij het eerste vereiste kan onder meer worden gedacht aan het spreiden van risico's over de bedrijfstak of beroepsgroep door het gebruik van een doorsneepremie en doorsnee-opbouw (bij DB-regelingen). Het verstrekken van prestaties zonder dat daarvoor bijdragen worden voldaan, geschiedt bijvoorbeeld bij de premievrije opbouw bij arbeidsongeschiktheid en de overname van pensioenverplichtingen door het fonds bij faillissement van de werkgever. Het voorgaande betekent dat ook beschikbare premieregelingen en overeenkomsten als het reële pensioencontract in voldoende mate solidair kunnen zijn (of kunnen worden gemaakt), voor een blijvende rechtvaardiging van de Verplichtstelling. Daar zijn de sociale partners en beroepspensioenverenigingen verantwoordelijk voor, binnen de gegeven wet- en regelgeving.

De discussie inzake de houdbaarheid van de Verplichtstelling op grond van nationale en EU-wetgeving en rechtspraak, dient (juridisch) zuiver te worden gevoerd. Een afname van de solidariteit binnen een verplicht gestelde pensioenregeling betekent niet per definitie dat de Verplichtstelling een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op het EU-mededingingsrecht. De eisen die in het Kattner Stahlbau arrest en AG2R arrest worden gesteld aan de benodigde mate van solidariteit binnen een pensioenregeling ('solidariteitsbeginsel') zijn minder vergaand dan wel wordt gesuggereerd in de media. Er wordt al voldaan aan het solidariteitsbeginsel indien binnen een pensioenregeling een doorsneepremie wordt gehanteerd en er geen sprake is van evenredigheid tussen het loon van een verzekerde en de prestaties die daar tegen over staan. De doorsnee-opbouw of doorsneepremie zijn niet door het HvJEU aangemerkt als noodzakelijke solidaire elementen in een pensioenregeling. De doorsneepremie is in de arresten Brentjens c.s. wel genoemd als een van de solidaire elementen waaraan mede belang toekwam bij de vraag of werd voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste ex artikel 106 lid 2 VWEU (de 'algemeenbelangexceptie'). Individuele pensioenmodules zijn naar verwachting niet per definitie onverenigbaar met het mededingingsrecht en vrij verkeer van diensten. De modules zijn immers verplicht voor de werkgevers die onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds vallen. Alleen de werknemers hebben keuzevrijheid. Een zuivere (juridische) discussie over het voorgaande kan tevens bijdragen aan het vergroten van het vertrouwen in de toekomstbestendigheid van het verplicht gestelde deel van het pensioenstelsel.

De rechtvaardiging voor de Verplichtstelling is mijns inziens voor pensioenfondsen thans nog steeds aanwezig. Het standpunt van de Nederlandse regering, dat pensioenuitvoerders die een Verplichtstelling uitvoeren een belangrijke sociale taak van algemeen belang vervullen, is voor de blijvende rechtvaardiging van de Verplichtstelling op nationaal niveau en EU-niveau van belang. Ook is van belang dat met de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of beroepspensioenregeling wordt voldaan aan 'de vraag van de markt' ten aanzien van de inhoud en de hoogte van het te bereiken pensioen. Sociale partners en beroepspensioenverenigingen vertegenwoordigen daarbij de belangen van de achterban. Het laatste woord is in hoogste instantie aan het HvJEU en zal steeds afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval die met name zal afhangen van de mate van solidariteit binnen de pensioenregeling.

7.2.2 Vrij verkeer van diensten en vestiging

De bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten in het VWEU (de artikelen 56 t/m 62 VWEU) en de bepalingen inzake het vrij verkeer van vestiging (artt. 49 t/m 55 VWEU) schrijven voor dat lidstaten ervoor moeten zorgdragen dat het nationale recht geen bepalingen bevat die tot belemmeringen van deze vrij verkeer-bepalingen kunnen leiden ('negatieve integratie'). Op grond van de IORP-Richtlijn mogen pensioenuitvoerders grensoverschrijdende pensioendiensten in andere lidstaten aanbieden als zij de benodigde vergunning in het thuisland hebben verkregen. Lidstaten moeten de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen toelaten om bijdragen over te maken naar instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen die zijn gevestigd in een andere lidstaat, onverminderd de geldende 'nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels'. In artikel 2 lid 13 PW zijn bepalingen opgenomen die ingevolge de Nederlandse wetgever ten minste tot de nationale sociale en arbeidswetgeving behoren.

De Nederlandse regering is van mening dat het vrij verkeer van diensten niet wordt belemmerd door de nationale vereisten ten aanzien van pensioenfondsen (*Kamerstukken II* 2011-2012, 32 043, nr. 112, p. 4). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de Verplichtstelling tot deelneming in beroepspensioenregelingen en bedrijfstakpensioenfondsen geen inbreuk maakt op de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening in het (huidige) VWEU. De Hoge Raad is echter nog niet toegekomen aan een inhoudelijke toetsing van de desbetreffende bepalingen.

De uitspraak van de Hoge Raad dateert van vóór de inwerkingtreding van de IORP-Richtlijn op 3 juni 2003. De IORP-Richtlijn schrijft voor dat de lidstaten de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen moeten toelaten om bijdragen over te maken naar instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen ('IORP's') – Nederlandse IORP's zijn pensioenfondsen en PPI's – die zijn gevestigd in een andere lidstaat, onverminderd 'de nationale sociale en arbeidswetgeving op het gebied van de organisatie van de nationale pensioenstelsels' (zie art. 20 lid 1 IORP-Richtlijn). Het systeem van de Verplichtstelling valt ingevolge de Nederlandse regering onder de nationale sociale en arbeidswetgeving. Dat geldt ook voor de collectieve overeenkomsten die ten grondslag liggen aan de Verplichtstelling. Beperkingen van het vrij verkeer van diensten en vestiging die optreden als gevolg van de Verplichtstelling zijn om die reden in beginsel geoorloofd op grond van de IORP-Richtlijn. In dat verband is wel van belang dat Nederland de IORP-Richtlijn correct moet hebben geïmplementeerd in de nationale wet- en regelgeving en dat de bepalingen in de IORP-Richtlijn niet strijdig mogen zijn met het VWEU.

Mocht in de toekomst door het HvJEU toch worden toegekomen aan een inhoudelijke toetsing van de Verplichtstelling aan het VWEU, voor wat betreft de geoorloofdheid van de beperking van de vrijheid van vestiging en diensten, dan geldt het volgende. Ik meen dat deze beperkingen gerechtvaardigd kunnen zijn op grond van het *rule of reason*-regime, gezien de bestaande convergentie tussen de algemeenbelangexcepties uit het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging (zie de algemeenbelangexceptie in art. 106 lid 2 VWEU). Het ligt in de rede dat het HvJEU de Verplichtstelling – te weten: het besluit en het verzoek daartoe – zal toestaan, op grond van dezelfde overwegingen als bij het mededingingsrecht.

7.3 Hoofdstuk 4 – Solidariteit in collectieve pensioenregelingen

Hoofdstuk 4 vangt aan met een bespreking van het begrip solidariteit en vervolgt met een bespreking van de ontwikkelingen in de arbeidsmarkt en de aansluiting van de doorsneesystematiek bij deze ontwikkelingen. Vervolgens worden de consequenties van een dalende organisatiegraad voor het aanvragen van de Verplichtstelling besproken en de waarde van (de wijze van) informatieverschaffing aan individuen over aanvullende pensioenen voor het vergroten van het vertrouwen in het aanvullende pensioenstelsel en het creëren van

draagvlak voor de Verplichtstelling. Deze onderwerpen zijn, evenals de bespreking van het stellen van grenzen aan een (on)aanvaardbare mate van solidariteit, niet direct van invloed op de houdbaarheid van de Verplichtstelling in het licht van het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten. Zij kunnen wel bijdragen aan een stevig(er) fundament voor de Verplichtstelling en vertrouwen in de toekomstbestendigheid van de verplichtstelling.

7.3.1 Aanpassing van de doorsneesystematiek

De arbeidsmarkt is de laatste jaren mobieler geworden en werknemers starten steeds vaker op middelbare leeftijd als zelfstandig ondernemer. Daarnaast stijgt de gemiddelde levensverwachting en wordt tot op latere leeftijd doorgewerkt, mede door de stijging van de AOW-leeftijd. Deze ontwikkelingen nopen tot een aanpassing van doorsneesystematiek.

7.3.1.1 *Werknemersdeel doorsneepremie - percentage van de pensioengrondslag*

Het vervangen van de doorsneepremie door een progressieve premie acht ik onwenselijk. Door te kiezen voor een doorsneepremie die is gekoppeld aan het percentage van de pensioengrondslag – in plaats van een premie die voor een ieder dezelfde hoogte heeft –, is sprake van een faire premie, waarbij het individuele salarisverloop wordt gevolgd en sprake is van risicosolidariteit. Hierdoor worden kruissubsidies van jongeren aan ouderen binnen de perken gehouden. Een dergelijke doorsneepremie zal in de meeste bedrijfstakpensioenfondsen en beroepspensioenregelingen recht doen aan de demografische ontwikkelingen ('vergrijzing', 'toegenomen levensverwachting') en toegenomen mobiliteit op de arbeidsmarkt. De kruissubsidiëring bij een doorsneepremie doet zich in hoofdzaak voor *tussen* de verschillende werkgevers die onder de reikwijdte van de Verplichtstelling vallen (de wijze van opbouw van de premie daargelaten). Deze solidariteit tussen werkgevers, die nivellering van risico's bewerkstelligd, is van wezenlijk belang voor de legitimiteit van de Verplichtstelling. Het is aan sociale partners of te bezien of een doorsneepremie die is gekoppeld aan het percentage van de pensioengrondslag aansluit bij de belangen van de achterban. Communicatie over de (beperkte) effecten van een dergelijke doorsneepremie op de kruissubsidies tussen groepen en het belang van de doorsneesystematiek *an sich* is van belang voor het verhogen van het pensioenbegrip.

Een progressieve premie stijgt naar mate de leeftijd van de deelnemer toeneemt. Als de deelnemers geen juiste inschattingen maken ten aanzien van de (afnemende) koopkracht worden zij kwetsbaar voor financiële tegenvallers van de hogere op oudere leeftijd. Voorts volgt uit onderzoek: hoe lager de opleiding, hoe minder actie, hoe groter de schade. De vervanging van de doorsneepremie door een actuariel faire premie is aantrekkelijk voor jongere werknemers, maar gaat ingevolge berekeningen van het CPB ten koste van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers.

7.3.1.2 *Degressieve opbouw*

De doorsnee-opbouw houdt volgens sommige standpunten onvoldoende rekening met de demografische ontwikkelingen (vergrijzing en toegenomen levensverwachting) en ontwikkelingen op de arbeidsmarkt (toegenomen mobiliteit, wisseling van branches, starten als zelfstandige op middelbare leeftijd). Ook is impliciete subsidie aan werknemers voor de kruissubsidie grotendeels vervallen. De Wet Bpf 2000 en WVB schrijven niet voor dat doorsneeopbouw vereist is of dat degressieve opbouw verboden is. Het is dan wettelijk gezien ook niet nodig om de degressieve opbouw te introduceren. Indien degressieve opbouw wordt overwogen kan dit volgens mij het best als volgt worden bewerkstelligd. Deelnemers worden op grond van hun leeftijd ingedeeld in een leeftijdscohort. Ieder leeftijdscohort krijgt een eigen doorsneepremie toegewezen en daarop geënte opbouw. Deze doorsneepremie blijft bij een stijgende leeftijd binnen het leeftijdscohort gelijk en wordt vastgesteld als percentage van de pensioengrondslag. Het is aan sociale partners en beroepspensioenverenigingen om per

bedrijfstak of beroepsgroep te bezien of een degressieve opbouw daadwerkelijk in het belang is van de achterban. Een degressieve opbouw kan slechts worden toegepast indien artikel 17 Pensioenwet (en voorts ook fiscale wetgeving) wordt aangepast en de wetgever bevestigt dat de degressieve opbouw toelaatbaar is op grond van de WGBLA. Het is dan op decentraal niveau aan sociale partners om te bezien of een degressieve opbouw beter aansluit bij de belangen van de achterban, dan de doorsnee-opbouw.

7.3.1.3 De dalende organisatiegraad

De organisatiegraad onder sociale partners en beroepspensioenverenigingen is de afgelopen 15 jaar steeds verder teruggelopen. Met name het aantal jongeren met een lidmaatschap van een vakbond, is een veel bedrijfstakken procentueel (sterk) gedaald. De organisatiegraad is van belang, omdat de Verplichtstelling alleen kan worden aangevraagd door voldoende representatieve partijen, die een belangrijke meerderheid van de in de bedrijfstak of beroepsgroep werkzame personen vertegenwoordigen. De representativiteit wordt in de eerste plaats beoordeeld aan de hand van het representativiteitscijfer van werkgeversorganisaties. De representativiteit van werknemersorganisaties wordt in beginsel geacht voldoende te zijn als uit de statuten blijkt dat deze organisaties bindende afspraken mogen maken over arbeidsvoorwaarden voor de achterban. Als er zienswijzen worden ingediend tegen de representativiteit, wordt door de STAR de organisatiegraad van de betrokken werknemersverenigingen vergeleken met die van andere werknemersverenigingen.

De daling van de organisatiegraad heeft op zichzelf gezien geen effect op de legitimiteit van het instrument van de Verplichtstelling. Wel kan deze er op den duur toe leiden dat er (veel) minder fondsen verplicht kunnen worden gesteld. Dat is met name een wezenlijk aandachtspunt voor de fondsen met een hoog aantal jonge deelnemers. Het is primair de verantwoordelijkheid van de sociale partners en beroepspensioenverenigingen, om voor een voldoende organisatiegraad te zorgen. Van belang is dat jongeren – in de ene branche meer dan in de andere – worden doordrongen van de zin van een lidmaatschap en het feit dat zij een bewuste keuze zouden moeten maken voor het al dan niet afsluiten van een lidmaatschap. Een lidmaatschap van een vakbond kan resulteren in een toename van de kennis over de Verplichtstelling en solidariteit en mogelijk ook in een stijgend vertrouwen in het pensioenstelsel. Ook is van belang dat met een actief lidmaatschap invloed kan worden uitgeoefend op de inhoud van de pensioenregeling.

7.3.1.4 De ondergrens en bovengrens aan (intergenerationele) solidariteit

Inkomensoverdrachten kunnen op het niveau van de werkgever plaatsvinden en op het niveau van de deelnemer, gewezen deelnemer en gepensioneerde. Bij een doorsneepremie waarvan het werknemersdeel een vast percentage van de pensioengrondslag bedraagt, vindt subsidiëring met name op het niveau van de werkgever plaats ingeval sprake is van een afwijkende leeftijdsopbouw van het deelnemersbestand van de werkgever. Deze inkomensoverdrachten tussen werkgevers zijn mede van belang voor het behoud van de Verplichtstelling. Toch zou het zo kunnen zijn dat binnen een specifieke collectieve regeling sprake is van een onaanvaardbare mate van inkomensoverdrachten, met name tussen of binnen verschillende groepen deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden. Het is aan te bevelen dat wordt erkend door de regering, sociale partners en besturen van pensioenuitvoerders dat er een ondergrens en bovengrens kan worden gesteld aan een (on)aanvaardbare mate van solidariteit tussen (met name) verschillende generaties. In dat verband zou het goed zijn de verschillende subsidiestromen binnen pensioenregelingen zo objectief mogelijk in kaart te brengen, zodat kan worden bezien of de mate van solidariteit binnen een regeling moet worden aangepast en er zinvolle discussies kunnen plaatsvinden. Het betreft dan niet alleen subsidies tussen de verschillende generaties, maar ook groepen zoals die van de mannen en vrouwen en die van de arbeidsongeschikten en arbeidsgeschikten.

De wijze waarop solidariteit binnen een pensioenregeling tot uiting moet komen is niet voorgeschreven door het HvJEU. Solidariteit is in die zin flexibel in te zetten, mits maar sprake is van voldoende solidariteit. Sociale partners en beroepspensioenverenigingen zijn verantwoordelijk voor de wijze waarop wordt omgegaan met solidariteit binnen collectieve pensioenregelingen. Binnen deze regelingen is het aan pensioenfondsbesturen om de belangen van de verschillende generaties evenwichtig te behartigen ('proportionaliteitstoets'). Voor het stellen van ondergrenzen en bovengrenzen aan een (on)aanvaardbare mate van solidariteit tussen verschillende groepen dienen handvatten te worden ontwikkeld waarbij ik namens de VU graag de komende tijd behulpzaam zal zijn.

7.4 Hoofdstuk 5 – Solidariteit en recente ontwikkelingen

In hoofdstuk 5 zijn de mogelijke gevolgen van het Pensioenakkoord, het Septemberpakket, het Witboek Pensioenen en de groeiende groep zelfstandigen besproken, die deze kunnen hebben op de solidariteit en houdbaarheid van de Verplichtstelling. De conclusie luidt, dat het de verwachting is dat deze ontwikkelingen invloed kunnen hebben op de solidariteit binnen pensioenregelingen en de betaalbaarheid van pensioenen, maar dat op de korte termijn geen gevaar zal bestaan voor de Verplichtstelling. Ik ga er daarbij vanuit dat de twee voorgestelde aanpassingen in het Witboek, waartegen de Nederlandse regering heeft geprotesteerd, geen doorgang zullen vinden.

7.4.1 Verplicht gestelde aanvullende pensioenen voor kleine zelfstandigen

Van de mogelijkheid om de zelfstandige onder de reikwijdte van een Verplichtstellingsbeschikking te scharen wordt nog nauwelijks gebruik gemaakt door sociale partners. Het zijn met name de kleine zelfstandigen, waarvan de zzp-er en de 'schijn-zelfstandige' – de schijn-zelfstandige vertoont in feite meer overeenkomsten met een werknemer dan met een zelfstandige, maar geniet een mindere mate van bescherming – de bekendste voorbeelden zijn, die deze bescherming zouden kunnen gebruiken. Ik ben slechts bekend met het Bpf Schilders en het BPF Bouw waaraan zelfstandigen verplicht dienen deel te nemen. Of bescherming van zelfstandigen op het vlak van de pensioenen is geboden in een specifieke bedrijfstak en op welke wijze daaraan invulling wordt gegeven, is aan de sociale partners in de desbetreffende bedrijfstak.

De deelneming van (kleine) zelfstandigen aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, is in beginsel in lijn met de bedoeling van de wetgever. Ingevolge de parlementaire behandeling bij de Wet Bpf (thans: Wet Bpf 2000) kan de aansluiting van zelfstandigen voor de gehele bedrijfstak van belang zijn. Gedacht kan worden aan het belang van een gezonde structuur van het bedrijfstakpensioenfonds, indien ook zelfstandigen worden betrokken bij de pensioenregeling en het een belang dat oudere zelfstandigen in een bedrijfstak van een redelijke oudedagsvoorziening kunnen genieten. Er zijn knelpunten bij het onderbrengen van zelfstandigen onder een verplichtstelling, zoals het afbakenen van de definitie van zelfstandige, de fiscaliteit en de betaalbaarheid van de premie voor met name kleine zelfstandigen.

Uit recent onderzoek naar de pensioenen van zzp-ers is gebleken, dat zij in zijn algemeenheid te weinig of zelfs geen pensioen opbouwen. Dat probleem zal vermoedelijk ook voor andere (kleine) zelfstandigen gelden. Een stijgende deelname van (kleine) zelfstandigen aan verplicht gestelde fondsen (en regelingen) in de tweede pijler, zou kunnen leiden tot het verhogen van de betrokkenheid van deze zelfstandigen bij het pensioenvraagstuk. Het vergroten van het pensioenbewustzijn van (kleine) zelfstandigen en het verhogen van de organisatiegraad onder hen, zal voorts beter maatwerk voor de zelfstandigen mogelijk maken en het draagvlak voor de Verplichtstelling onder de zelfstandigen kunnen vergroten. Ik heb een voorstel gedaan voor de wijze waarop aansluiting van zzp-ers en andere zelfstandigen kan plaatsvinden binnen de tweede pijler. Ik heb voorts overwogen een nieuwe wettelijke vrijstellingsgrond voor te stellen,

die recht doet aan het ondernemerschap van zelfstandigen. Diepgravender onderzoek is echter nog geboden naar de noodzaak daarvan, mede in het licht van de houdbaarheid van de Verplichtstelling op het niveau van het EU-mededingingsrecht.

De Minister heeft in een recent rapport met betrekking tot zelfstandigen en pensioen uiteengezet welke mogelijkheden er zijn voor zelfstandigen op individuele of collectieve basis pensioen op te bouwen binnen en buiten de tweede pijler. Nader onderzoek door de Minister is gewenst om te kunnen beoordelen of knelpunten bij het onderbrengen van zelfstandigen in de tweede pijler kunnen worden opgeheven of verminderd.

7.4.2 Het reële pensioencontract

Het reële pensioencontract voldoet thans niet volledig aan de criteria die de Pensioenwet aan de uitkeringsovereenkomst stelt. Er is immers geen sprake van een vastgestelde pensioenuitkering bij het reële contract. De hoogte van de pensioenuitkering hangt bij het reële pensioencontract af van de betaalde premie en de daarop behaalde rendement; deze ademt mee met de levensverwachting. Op grond van de huidige bepalingen in de Pensioenwet neigt het karakter van het reële pensioencontract naar dat van de premieovereenkomst, omdat sprake is van een vastgestelde premie die wordt omgezet in pensioen (op uiterlijk de pensioendatum, maar het kan ook onmiddellijk). Deze karakterduiding knelt echter, gezien de doelstellingen van het reële contract. Mijn verwachting is dat de definitie van de uitkeringsovereenkomst zal worden bijgesteld, zodat het reële pensioencontract er onder kan komen te vallen, of dat het reële pensioencontract een eigen karakter zal krijgen toegedicht in de Pensioenwet. De eerste optie zou mijn voorkeur hebben, gezien de complexiteit die een nieuw karakter in de Pensioenwet zal hebben. Verwezen zij bijvoorbeeld naar het invaren van rechten in een nieuw pensioencontract.

Los van de karakterduiding van het reële pensioencontract geldt voor de uitkeringsfase, dat de definitie van ‘pensioensoorten’ – te weten: het element *vastgestelde uitkering* – verhindert dat de uitkering (na ingang dus) varieert met de rendementen of levensverwachting. Om die variatie in de uitkeringsfase mogelijk te maken is aanpassing van de definitie van de pensioensoorten nodig.

Het reële pensioencontract is weliswaar qua doorsneesystematiek minder solidair dan een uitkeringsovereenkomst, maar dat hoeft nog niet te leiden tot onverenigbaarheid met het EU-recht. Het in voldoende mate opnemen van solidaire elementen in de regeling, waaronder bijvoorbeeld het recht op premievrije pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid, zal in dat verband van belang zijn. Ook zal de mate van risicosolidariteit en de mate van intergenerationele solidariteit binnen een pensioenregeling van belang zijn. Gebruikmaking van één collectief beleggingsbeleid ondersteunt het solidaire karakter.

7.5 Hoofdstuk 6 - Alternatieven voor de Verplichtstelling

Het onderzoek bespreekt een aantal alternatieven dat vanuit de markt, overheid en in de literatuur is aangedragen voor de Verplichtstelling. Het belang van een bespreking van alternatieven voor de verplichtstelling die tot een zelfde of een beter resultaat kunnen leiden, met minder ingrijpen in de markt, is de afgelopen tijd toegenomen. Niet in de laatste plaats omdat Staatssecretaris Klijnsma recent heeft aangekondigd een bredere maatschappelijke discussie te willen voeren over de houdbaarheid van het pensioenstelsel.⁴⁶³

⁴⁶³ Kamerstukken II, 2012/13, 31 311, nr. 29, p. 3.

7.5.1 Pensioenplicht

De introductie van een pensioenplicht resulteert in een volledige dekkingsgraad bij aanvullende pensioenen en het verdwijnen van de witte vlekken. Nederlandse werkenden worden bij een pensioenplicht allen in staat gesteld om pensioen op te bouwen in aanvulling op de AOW, in tegenstelling tot de huidige dekking van circa 80%, die wordt bereikt door Verplichtstellingen en collectieve pensioenregelingen op werkgeversniveau. Een pensioenplicht zou derhalve op het eerste gezicht ook voor anders werkenden, zoals de zzp'er, een uitkomst kunnen zijn.

Ingeval het streven is met een pensioenplicht een gelijke pensioennorm te bieden op de pensioendatum als thans de kwestie is – de officieuze norm ligt voor de huidige actieven gemiddeld tussen de 40% à 60% –, zal een landelijke pensioenplicht, waarbij een (minimum)pensioenregeling moet worden verzekerd, naar verwachting niet zo goed aansluiten bij de belangen van alle (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden, als thans kan worden bereikt op bedrijfstakniveau of beroepsgroep niveau. Een achteruitgang van de gemiddelde kwaliteit moet in dat geval worden gevreesd. Wat voor de één belangrijk is, is dat voor de ander immers niet. Het kan daardoor in gevallen nodig, of zelfs contractueel verplicht zijn, om op werkgeversniveau of werknemersniveau extra kosten te maken om een zelfde pensioen te realiseren als onder de huidige Verplichtstelling. Een pensioenplicht is in dat geval meen ik niet te verkiezen boven de huidige Verplichtstelling.

Een andere mogelijkheid is dat een pensioenplicht wordt geïntroduceerd op het niveau van werkgevers en 'anders werkenden', waarbij zij worden verplicht toe te treden tot een zelf gekozen pensioenregeling, waarbij ten minste een vast minimumpercentage van het salaris wordt afgedragen aan de pensioenuitvoerder in kwestie. Bij een dergelijke pensioenplicht ontstaat echter wel het gevaar op risicoselectie: goede risico's verlaten mogelijk specifieke pensioenregelingen en de achter gebleven slechte risico's kunnen de pensioenen niet langer tegen aanvaardbare kosten verzekeren. Een ander risico waarnaar goed zal moeten worden gekeken bij het onderzoeken van een dergelijke plicht, is dat verplicht gestelde pensioenfondsen en pensioenregelingen onder meer schaalvoordelen genieten die mede tot uitdrukking komen in de (lagere) kosten. Werkgevers treden mogelijk uit de verplichte fondsen met het doel toe te treden tot een goedkopere – en naar verwachting – meer uitgekilde pensioenregeling bij een andere pensioenuitvoerder. Een tweede effect daarvan kan zijn, dat de kosten van de huidige verplicht gestelde pensioenfondsen en pensioenregelingen vanwege een afname van het aantal deelnemers.

Bij een pensioenplicht zou tenslotte ook kunnen worden gedacht aan een plicht op nationaal niveau om een bepaald premieniveau of een minimumpercentage van het brutosalaris of de bruto-omzet af te dragen aan een pensioenuitvoerder. Een dergelijke pensioenplicht heeft in Denemarken gezorgd voor een brede landelijke dekking. In tegenstelling tot Nederland heeft Denemarken alleen DC-regelingen. De problematiek bij 'anders werkenden', die geen of minder goede pensioenen opbouwen dan de gemiddelde werknemer zou door een dergelijke plicht kunnen worden aangepakt. Individuen zijn immers zonder harde verplichting niet snel geneigd zelf aanvullende pensioenvoorzieningen te treffen. De problematiek van de fiscaliteit, de kosten van de pensioenregeling die alleen door de zelfstandige moeten worden gedragen en de aard van het ondernemerschap blijft echter net als bij de huidige Verplichtstelling bestaan. Het is de vraag bij een pensioenplicht à la het Deense model, of het systeem van verplichte deelname op bedrijfstakniveau en beroepsniveau dat is gebaseerd op solidariteit en collectiviteit in stand zal blijven, of dat sprake zal zijn van een keuzevrijheid voor de pensioenuitvoerder op het niveau van de werkgever. Indien voor het eerste scenario wordt gekozen kan worden gesteld dat de beperking van de vrije (pensioen)markt overeenkomt met die van de Verplichtstelling, met het verschil dat de pensioenplicht ingrijpender is (de 'proportionaliteitstoets' en 'noodzakelijkheidstoets' zijn in dat verband van belang). Deze grijpt rechtstreeks in de aard van het ondernemerschap voor zelfstandigen.

Wordt gekozen voor het tweede scenario, zoals in Denemarken is gedaan, dan ontstaat er ruimte voor risico-selectie. Of een pensioenplicht in lijn met het Deense model te verkiezen is boven de huidige Verplichtstelling, zal alleen uit gedegen nader onderzoek kunnen blijken.

7.5.2 Afschaffing Verplichtstelling en uitbreiding AOW-aanspraken

Een ander alternatief voor de Verplichtstelling is de afschaffing ervan, in combinatie met de verhoging van AOW-aanspraken en een grotere mate van verantwoordelijkheid van de belanghebbenden om zelf pensioenvoorzieningen te treffen. Ik ben hier geen voorstander van. Juist de goed georganiseerde tweede pijler heeft, met name ook dankzij de Verplichtstelling, voor het goede Nederlandse pensioenstelsel gezorgd. De OECD erkent dit (mogelijke) belang van de Verplichtstelling, gezien de kwalitatief goede pensioenen van ingezetenen van lidstaten waar een Verplichtstelling geldt, ten opzichte van lidstaten waar sprake is van vrijwillige pensioenvoorzieningen.

7.5.3 De individuele pensioenspaarrekening

Een ander alternatief is het toewijzen van individuele pensioenspaarrekeningen aan werknemers en beroepsgenoten. Er kan in dat scenario zowel sprake zijn van een verplicht gestelde rekening als van een contractueel overeengekomen pensioenregeling met de werkgever, waarbij maandelijks een bedrag voor pensioenopbouw per individu worden gestort op een (geblokkeerde) rekening. Het gespaarde bedrag wordt uiterlijk op de pensioendatum omgezet in een kapitaal dat periodiek tot uitkering komt. Ook dit alternatief vind ik niet per definitie leiden tot betere resultaten dan de Verplichtstelling. De individualisering en de koppeling aan beleggingsresultaten maakt dit alternatief mogelijk kosteninefficiënt en leidt tot onzekerheid wat betreft de resultaten.

7.5.4 Een verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling, met ontkoppeling uitvoerder

Het verplichtstellen van de deelneming in een pensioenregeling in plaats van deelneming in een fonds wordt vaak als alternatief genoemd. Dit is reeds de situatie voor beroepsgenoten op grond van de WVB. Ik ben de mening toegedaan dat de Verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenregeling, met vrije keuze voor werkgevers en/of werknemers ten aanzien van de onderbrenging bij een pensioenfonds naar keuze, op het eerste gezicht geen beter alternatief zal vormen voor de *huidige* Verplichtstelling, met het oog op de belangen van de deelnemer. Indien individuele werkgevers en/of werknemers binnen een bedrijfstak mogen kiezen bij welke uitvoerder zij de verplicht gestelde regeling mogen onderbrengen, zal met name bij DB-regelingen naar verwachting risicoselectie plaats vinden, met als gevolg de uittreding van goede risico's en de stijging van de kosten voor 'slechte risico's, tot een uiteindelijk onaanvaardbare hoogte. De noodzaak van de Verplichtstelling zou hierdoor op het niveau van het EU-mededingingsrecht in het gedrang kunnen komen. De noodzaak is er immers in gelegen dat goede risico's naar verwachting zullen uittreden zonder verplichte deelname. Het systeem van Verplichtstellingen wordt daardoor naar verwachting een lege huls worden, aangezien de solidariteit eraan zal komen te vervallen.

Of de onderbrenging van de verplicht gestelde pensioenregeling op bedrijfstakniveau een beter alternatief vormt dan de huidige Verplichtstelling is nog onduidelijk, maar valt op de korte termijn niet direct te verwachten. Met name de hoogte van de kosten voor werkgevers- en werknemers bij een pensioenregeling van gelijke inhoud, toezicht op de (correcte) uitvoering van de pensioenregeling en het opvangen van kennisverlies bij het wisselen van pensioenuitvoerder, doen bij mij twijfel rijzen of sprake zal zijn van een alternatief dat dezelfde gevolgen kan bewerkstelligen als de Verplichtstelling, met minder ingrijpen in de markt. De berekening van de werkelijke kosten (en baten) laat ik echter graag aan economen over. Een voordeel van het verplichtstellen van de pensioenregeling kan zijn dat de pensioenuitvoerdersmarkt open wordt gesteld voor concurrentie.

Die openstelling kan echter niet zo ver gaan dat ook pensioenverzekeraars, PPI's – of API's zoals thans in het consultatiedocument omschreven – een verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregelingen mogen uitvoeren. Dat is immers onder meer strijdig met de regels inzake taakafbakening en zal de rechtvaardiging ontnemen aan de beperking van het mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging.

Het vereist verdergaand onderzoek – op zowel juridische en economische gronden – om te kunnen concluderen of op de lange termijn sprake zal zijn van een (minder ingrijpend) alternatief voor de huidige Verplichtstelling tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Voor het vergroten van het vertrouwen in het pensioenstelsel is het aan te bevelen dat helder en correct wordt gecommuniceerd over de voor- en nadelen van alternatieven voor de Verplichtstelling. Het zou goed zijn indien de regering een helder standpunt zal innemen over haar visie op de (toekomstige) inrichting van het pensioenstelsel en de kwaliteit van het pensioenstelsel voor de komende 50 jaar.

7.6 Slotbeschouwingen

Mijn conclusie luidt, dat anno 2013 de Verplichtstelling de toets aan het nationale en EU-mededingingsrecht en het vrij verkeer van diensten en vestiging doorstaat; mede gezien de daarmee bereikte solidariteit en bijbehorende collectiviteitsvoordelen. De Verplichtstelling kan derhalve voor de toekomst worden gehandhaafd. Dat geldt ook indien een aantal specifieke ontwikkelingen in ogenschouw wordt genomen die effect kunnen hebben op de solidariteit. Een alternatief voor de Verplichtstelling is uit het oogpunt van de marktwerking (pas) interessant indien minder vergaand wordt ingegrepen in de vrije markt, terwijl ten minste hetzelfde pensioenresultaat wordt bereikt voor deelnemers, gewezen deelnemers en gepensioneerden. Of er sprake is van een beter alternatief voor de Verplichtstelling is meen ik nog niet aangetoond en zal nader onderzoek vereisen.

Sociale partners en beroepspensioenverenigingen zijn op decentraal niveau verantwoordelijk voor de inhoud van de verplicht gestelde regelingen. Zij dienen ervoor zorg te dragen dat pensioenregelingen voldoende solidaire elementen bevatten, die bovendien recht doen aan de verschillende belangen van de achterban. Het instrument van de Verplichtstelling is toekomstbestendig. Of deelneming in een specifieke pensioenregeling of een specifiek fonds verplicht kan worden gesteld en of deze voldoet aan het solidariteitsbeginsel, zal steeds afhangen van de wijze waarop de regeling is ingevuld op decentraal niveau.

Solidariteit binnen pensioenregelingen vindt plaats op het niveau van de werkgever en op het niveau van de (gewezen) deelnemers, gepensioneerden en hun nabestaanden (de 'deelnemersgroep'). Binnen laatstgenoemd niveau kan sprake zijn van intragenerationele solidariteit en intergenerationele solidariteit. Discussies in de media over solidariteit binnen pensioenregelingen betroffen het afgelopen jaar met name de solidariteit tussen jonge en oude generaties. De subsidies die verschillende generaties aan elkaar verlenen is echter slechts een onderdeel van de totale subsidiestroom tussen werkgevers onderling en tussen en binnen de verschillende groepen (gewezen) deelnemers en gepensioneerden. Het vergroten van kennis onder de Nederlandse bevolking over het doel van solidariteit en de voor- en nadelen van (de verschillende typen) solidariteit, zal kunnen bijdragen aan een zuivere discussie over solidariteit en Verplichtstelling.

Voldoende solidariteit is nodig om de Verplichtstelling te kunnen blijven rechtvaardigen vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht en het vrij verkeer. Uit de rechtspraak van het HvJEU volgt dat de benodigde mate van solidariteit minder groot is dan wel wordt gesuggereerd in de media. Indien een doorsneepremie wordt gehanteerd binnen een pensioenregeling, zal het met name afhangen van het aantal solidaire elementen binnen een pensioenregeling, of wordt voldaan aan het solidariteitsbeginsel.

Het HvJEU heeft niet overwogen dat de doorsnee-opbouw of doorsneepremie vereisten zijn om te kunnen voldoen aan het solidariteitsbeginsel. Als wordt voldaan aan het solidariteitsbeginsel – als onderdeel van de noodzakelijkheidstoets ex artikel 106 lid 2 VWEU – dan valt het uitsluitende recht van pensioenuitvoerders om een verplichtstelling uit te voeren onder de algemeenbelangexceptie van dat artikel en is deze toegestaan onder het EU-mededingingsrecht.

Het is van belang om de benodigde mate van solidariteit zo objectief mogelijk te kunnen vast stellen, zodat het ‘gevoel’ een minder grote rol kan spelen in inhoudelijke debatten over solidariteit en sociale partners een duidelijke leidraad hebben bij de invulling van collectieve pensioenregelingen. Ik heb in dit onderzoek een eerste toetsingskader willen geven. Voorts is meen ik van belang dat de kennis over de wijze waarop solidariteit binnen pensioenregelingen kan worden ingezet de komende jaren zal toenemen. Het verdient daarnaast aanbeveling nader uit te werken welke (nieuwe) vormen van solidariteit binnen pensioenregelingen kunnen worden ingezet, die aansluiten bij de huidige tijdgeest en de belangen van deelnemers in pensioenregelingen. Solidariteit is immers geen statisch begrip, maar een flexibel begrip, dat prima in staat is met de tijd mee te gaan. Die conclusie biedt vertrouwen voor de toekomst!

De komende jaren denk ik graag namens de *Vrije Universiteit Amsterdam*, Expertisecentrum Pensioenrecht, mee over het stellen van een onder- en bovengrens aan de mate van solidariteit binnen een pensioenregeling en de wijze waarop solidariteit binnen pensioenregelingen kan worden ingevuld en mee kan gaan met de tijd.

* * * *

8 Bronvermelding

8.1 Literatuurlijst

AFM-rapport 2010

AFM, 'Geef Nederlanders pensioeninzicht, werken aan vertrouwen door dichten van de verwachtingskloof', Amsterdam 2010.

Amtenbrink en Vedder 2008

F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2008 (derde druk).

Bakker & Van Dam 1995

R.C.L. Bakker & R. Van Dam, 'Marktwerking en verplichtstelling in de pensioensector', *PVK-studies*, Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer: Apeldoorn 1995.

Bakker 2008

P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour*, VU Expertisecentrum Pensioenrecht: Amsterdam 2008.

Bastan 2004

R. Bastan, 'Solidariteitseisen beroepspensioenregeling schieten doel voorbij', *TPV* 2004/5, p. 173-174.

Beltzer 2010

R. Beltzer, 'Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert', *NJB* 2010/35, p. 2275-2278.

Bijl 1989

C.J. Bijl, *Vrij Beroep en verplichte pensioenregelingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Boeijen e.a. 2006

T.A.H. Boeijen, C. Jansen, C.E. Kortleve en J.H. Tamerus, Leefijdsolidariteit in de doorsneepremie, in: S.G. Van der Lecq en O.W. Steenbeek (red.), *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, 2006, p. 241-263.

Boeijen e.a. 2007

T.A.H. Boeijen, T.A.H., C. Jansen, C.E. Kortleve en J.H. Tamerus, 'Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw', *TPV* juni 2007, afl. 3, p. 79-83.

Boot 2007

A.W.A. Boot, 'Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen', Amsterdam, 19 maart 2007.

Bovenberg & Boon 2010 (1)

A.L. Bovenberg & B. Boon, 'Een hogere AOW-leeftijd en de gevolgen voor aanvullende pensioenen', *TPV* 2010/9.

Bovenberg & Boon 2010 (2)

A.L. Bovenberg & B. Boon, 'Nu of nooit. Overstap naar degressieve pensioenopbouw is niet alleen wenselijk maar nu ook mogelijk', *TPV* 2010/23.

Boender 2001

C.G.E. Boender, 'De economische waarde van solidariteit en risicodeling in de pensioenopbouw. De pensioenpolder of de pensioenterp', in: R.M.A. Jansweijer, C.J.A.M. Winde, *Intergenerationele solidariteit en individualiteit in de tweede pensioenpijler*, Den Haag 2001.

Bonenkamp 2007

J. Bonenkamp, 'Measuring lifetime redistribution in Dutch occupational pensions', *CPB discussion paper* nr. 81, juni 2007.

Bovenberg & Boon 2010

A.L. Bovenberg & B. Boon (2010), 'Now is the time. Overstap naar degressieve pensioenopbouw is nu wenselijk en mogelijk', *NEA paper* 2010.

Burri 2011

S.D. Burri, 'Kroniek gelijke behandeling in het Unierecht', *NtEr* 2011, nr. 4.

Brief Minister SZW 2011

Brief van de Minister van SZW d.d. 31 oktober 2011, met kenmerk AV/SDA 2011/18651 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, 'antwoorden op vragen van het lid Koser Kaya over de beperkte representativiteit van vakbonden'.

CBS 2012 (1)

Webmagazine CBS, 'Helpt werknemers heeft weinig vertrouwen in eigen pensioenfonds', *Centraal Bureau voor de Statistiek* 3 december 2012.

CBS 2012 (2)

D. ter Steege c.s., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', *Centraal Bureau voor de Statistiek, Sociaaleconomische trends* 2012/4.

CBS 2012 (3)

Webmagazine CBS, 'Levensverwachting mannen neemt sterk toe', *Centraal Bureau voor de Statistiek* 6 september 2012.

Commissie Frijns 2010

Frijns, J.M.G., J.A. Nijssen & L.J.R. Scholtens, *Pensioen: onzekere zekerheid*, rapport Commissie beleggingsbeleid en risicobeheer ('Commissie Frijns'), Eindhoven 2010.

Commissie Goudswaard 2010

K.P. Goudswaard, R.M.W.J. Beetsma, Th. E. Nijman & P. Schnabel, *Een sterke tweede pijler; Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen*, 2010.

Cordewener & Lewin & Van Zelfst 2007

F. Cordewener, E. Lewin & W. Van Zelfst, 'Doorsneesysteem: een heel mooi pensioensysteem', *TPV* 2007/25.

CPB notitie 2000

Centraal Planbureau, *Solidariteit, Keuzevrijheid en marktwerking. De toekomst van de Nederlandse markt voor ouderdagvoorzieningen*, Den Haag 2000.

CPB notitie 2012 (1)

Centraal Planbureau, *Achtergrondnotitie generatie-effecten septemberpakket*, Den Haag 2012.

CPB notitie 2012 (2)

Centraal Planbureau, *Aanpassing toezicht pensioenfondsen (Septemberpakket)*, Den Haag 24 september 2012.

Dau-Schmidt & Traynor 2009

K.G. Dau-Schmidt en A.R. Traynor, 'Regulating unions and collective bargaining' in: *Labor and Employment Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham UK: Edward Elgar Publishing Ltd. 2009.

Dietvorst & Visser 2009

G.J.B. Dietvorst & M.R. Visser, *Pensioen ZZP-er is niet zo bijzonder! Een inventarisatie van het fiscale en juridische pensioenkader voor zelfstandigen zonder personeel*, Universiteit van Tilburg / Competence Centre for Pension Research 2009.

Dimson, Marsh & Staunton 2002

E. Dimson, P. Marsh & M. Staunton, *Triumph of the Optimists*, Princeton University Press 2002.

DNB nieuwsbrief 2013 (1)

Nieuwsbericht DNB, 'Kortingen pensioenfondsen: 68 pensioenfondsen rapporteren aan DNB een korting per 1 april 2013', *De Nederlandsche Bank* 19 februari 2013.

DNB nieuwsbrief 2013 (2)

Nieuwsbericht DNB, 'DNB rondt evaluatie herstelplannen pensioenfondsen af', *De Nederlandsche Bank* 25 april 2013.

DNB studie 2006

DNB, 'De houdbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel', Occasional studies (Volume 4, nr. 6), DNB 2006.

Drijber 2007

B.J. Drijber, 'Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor Pensioenregelingen', 22 maart 2007.

EC Witboek Pensioenen 2012

Europese Commissie, Witboek. Een agenda voor adequate, veilige en duurzame pensioenen, 16.2.2012 COM(12)55, Brussel 16 februari 2012.

EC Groenboek Pensioenen 2010

Europese Commissie, 'Groenboek naar adequate, houdbare en zekere Europese pensioenstelsels', COM(10)365, Brussel 7 juli 2010.

Euwals & De Mooij & Van Vuuren 2009

R. Euwals, R. De Mooij & D. Van Vuuren, 'Rethinking retirement. From participation towards allocation', CPB 2009/80.

Fluit 2001

P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit*, Kluwer: Deventer 2001.

Frevert 2003

U. Frevert, 'Vertrauen. Historische Annäherungen an eine Gefühlsaltung', in: C. Benthien e.a., *Emotionalität: Zur Geschichte der Gefühle*, Cologne: Bohlau 2000.

Van der Grift 2009

M. Van de Grift, 'Flexibeler arbeidsmarkt ouderen ten kosten van het pensioenstelsel?', *TPV* 2009/17.

Heemskerk 2011

M. Heemskerk, 'De (on)houdbaarheid van het pensioenakkoord. Naar een nieuw pensioencontract', VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2011.

Heemskerk, Kuiper & Van der Poel 2012

M. Heemskerk, S.H. Kuiper, M.J.C.M. van der Poel, E. Schop en I. Witte, 'Wijzigingsvraagstukken in de pensioendriehoek. Geen uitgewerkte rechtsverhoudingen en (on)voorwaardelijke indexatieperikelen', *TPV* 2012/42.

Hofs 2012

Y. Hofs, 'Enorme verslechteringen pensioenen', *Volkskrant* 2012/0812.

Hollanders 2012

D.A. Hollanders, *The effect of aging on pensions*, Universiteit (diss.) Tilburg 2012.

Jaspers & Baltussen 2011

A.Ph.C.M. Jaspers & M.F. Baltussen c.s., *De toekomst van het CAO-recht*, Kluwer: Deventer 2011.

Kabinetsbrief 2010

Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, J.P.H. Donner aan de Tweede Kamer, 'Toekomst aanvullend pensioenstelsel, kabinetsinzet', 7 april 2010.

Kabinetsreactie 2012

Kabinetsreactie Witboek Pensioen 24 april 2012 in: *Kamerstukken II* 2011/12, 32 043, nr. 109.

Kaptein 1998

H.J.R. Kaptein, 'Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid', in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim, *Wie draagt de schade? De allocatie van risico's in het recht*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 1998, p. 81-94.

De Laat, Van de Ven & Canoy 2000

De Laat, Van de Ven & Canoy, *Solidariteit, keuzevrijheid en transparantie. De toekomst van de Nederlandse markt voor ouderedagsvoorzieningen*, Centraal Planbureau & SDU Uitgevers: Den Haag 2000.

Langemeijer 2010

R.A.C.M. Langemeijer in: *Tekst & Commentaar Pensioenrecht*, Kluwer: Deventer 2010.

Van der Lecq & Steenbeek

S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Kluwer: Deventer 2006.

Van der Lecq & Oerlemans 2009

S.G. van der Lecq & A.G. Oerlemans, 'Zelfstandigen zonder pensioen', *NEA-paper* juli 2009.

Van Leeuwen-Schut c.s. 2012

D. van Leeuwen-Schut, R. Brood, H. Kadiks, D. Kuijpers, P. Rauwerda, P. van Schie en J. Sørensen, Eigen keuze, samen sterk. Duidelijkheid geeft zekerheid voor arbeidsmarkt en pensioenen, Prof. mr. B.M. Teldersstichting: Den Haag 2012.

Van Luijk & Lewis & Stokx 2008

M. van Luijk, T. Lewis & J. Stokx, 'De API. Het Europese pensioenvehikel?', Vrije Universiteit Amsterdam juni 2008, p. 44.

Lutjens 1997

E. Lutjens, *Een halve eeuw solidariteit. 50 jaar Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds*, VB & Lutjens 1997.

Lutjens 2007 (1)

E. Lutjens, 'Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie? Drieluik "doorsneesysteem (2)', *TPV* 2007/24, p. 84-89.

Lutjens 2007 (2)

M.J. Alsmas c.s., onder red. van E. Lutjens, *Pensioenwet. Analyse en commentaar* (derde herziene druk), Kluwer: Amsterdam 2010.

Lutjens 2008

E. Lutjens, 'De Premiepensioeninstelling', *TPV* 2008/3.

Lutjens 2011 (1)

E. Lutjens, 'Juridische obstakels bij nieuw pensioencontract', *TPV* 2011/2, p. 7.

Lutjens 2011 (2)

E. Lutjens, 'Einde aan hogere premies en lagere uitkeringen voor vrouwen bij particuliere verzekeringen?', *NtEr* 2011/8.

Lutjens 2012

E. Lutjens, *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Kluwer: Deventer 2010, p. 437.

Maatman & Steneker 2009

R. Maatman & S. Steneker, 'Ringfencing van pensioenvermogens', *Netspar NEA Paper* 20 juni 2009.

Maeijer 1973

J.M.M. Maeijer, 'Vrij beroep en de verplichte collectieve pensioenverzekering', *NJB* 1973, p. 38.

Van Meerten 2009

Van Meerten, 'De premiepensioeninstelling: van, maar ook op vele markten thuis?', *NTER* 2009/12

Van Meerten & Starink 2010

H. Van Meerten & B. Starink, 'De belemmeringen voor een interne markt voor bedrijfspensioenvoorziening', *SEW*, oktober 2010.

Ministerie van SZW rapport 2013

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, in samenwerking met het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Economische Zaken, 'Pensioen van Zelfstandigen. Onderzoek naar de oorzaken van beperkte pensioenopbouw van zelfstandigen en mogelijke oplossingsrichtingen hiervoor', januari 2013.

OECD 2012

OECD Pensions Outlook, 'Raising retirement ages and expanding private pension coverage essential', *OECD* 11 juni 2012.

Pensioenfederatie 2011

Jaarverslag Pensioenfederatie 2010/2011.

Pensioenfederatie 2012 (1)

Persbericht Pensioenfederatie, inclusief bijlage: *Overzicht met 80 pensioenfondsen die mogelijk in 2013 moeten korten*, 20 februari 2012.

Pensioenfederatie 2012 (2)

Website bericht Pensioenfederatie, Regeerakkoord slecht voor pensioenopbouw, vooral voor jongeren, 31 oktober 2012.

Prast, Teppa & Smits 2012

H. Prast, F. Teppa & A. Smits, Is information overrated? Evidence from the pension domain, DNB Working Paper 2012/360.

Regeerakkoord 2012

Regeerakkoord VVD-PvdA, *Bruggen Slaan*, 29 oktober 2012.

Van der Poel 2012

M.J.C.M. van der Poel, 'Een verplicht Bpf: bottlenecks en aandachtspunten', *AMPlus* 2012/9, p. 22-24.

Quelerij & Kool 2012

C. de Quelerij & A. Kool, 'Pensioencommunicatie na het Pensioenakkoord', *TPV* 2012/4.

Van Rooij e.a. 2007

M.C.J. van Rooij, C.J.M. Kool & H.M. Prast, *Risk-return preferences in the pension domain: Are people able to choose?*, *Journal of Public Economics*.

Sanderse 2007

M. Sanderse, 'Zzp-ers en pensioen', *TPV* 2007/7.

Schouten 2012

E.E.P. Schouten, 'Waarom bieden verzekeraars niet grensoverschrijdende pensioenen aan?', *FR* 2012/7-8, p. 283-289.

SER-advies 1986

Advies Sociaal-Economische Raad d.d. 18 oktober 1968, *Advies inzake het ontwerp van wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenfonds* (1986, no 10), Sociaal-Economische Raad: 's-Gravenhage.

SER-advies 2010

Advies Sociaal Economische Raad d.d. 15 oktober 2010, ZZp-ers in beeld. Over de positie van zelfstandigen zonder personeel.

STAR Pensioenakkoord 2010

Stichting van de Arbeid, Pensioenakkoord, 10 juni 2010.

STAR Uitwerkingsmemorandum Pensioenakkoord 2011

Stichting van de Arbeid, Uitwerkingsmemorandum Pensioenakkoord, publicatienummer 1/11.

Rapport Actuarieel Genootschap 2012

Rapport Actuarieel Genootschap, Prognosetafel AG2012-2062, 10 september 2012.

Tamerus 2007

Tamerus, 'Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw', *TPV* 2007/3.

Thijssen 2000

W.P.M. Thijssen, Van verplicht gesteld naar individueel pensioen, *Het Verzekerings-Archief*, 2000/1-2, p. 36-44.

European Committee 2001

European Committee, The Joint report of the Social Protection Committee and the Economic Policy Committee on objectives and working methods in the area of pensions: applying the open method of co-ordination, Brussel, 23 November 2001.

8.2 Jurisprudentieregister

Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJEU')

HvJEU, 5 februari 1963, C-26/62, Jurispr. 1963, p. I-00003 ('Van Gent en Loos').

HvJEU, 21 september 1988, C-267/86, Jurispr. 1988, p. I-4769 ('Van Eycke').

HvJEU, 17 mei 1990, C-262/88, Jurispr. 1990, p. I-1889 ('Barber').

HvJEU, 23 april 1991, C-41/90, Jurispr. 1991, p. I-1979 ('Höfner en Elser').

HvJEU, 18 juni 1991, C-260/89, Jurispr. 1991, p. I-2925 ('GB-Inno-BM').

HvJEU, 10 december 1991, C-179/90, Jurispr. 1991, p. I-5889 ('Merci convenzionali porto di Genova').

HvJEU, 13 december 1991, C-18/88, Jurispr. 1991, p. I-5941 ('GB-Inno-BM').

HvJEU, 17 februari 1993, C-159/91 en C-160/91, Jurispr. 1993, p. I-637 ('Poucet en Pistre').

HvJEU, 19 mei 1993, C-320/91, Jurispr. 1993, p. I-2533 ('Corbeau').

HvJEU, 17 november 1993, C-2/91, Jurispr. 1993, p. I-5751 ('Meng').

HvJEU, 5 oktober 1994, C-323/93, Jurispr. 1994, p. I-5077 ('Centre d'insémination de la Crespelle').

HvJEU, 14 december 1995, C-430/93 en C-431/95, Jurispr. 1995, p. I-4705 ('Van Schijndel').

HvJEU, 16 november 1995, C-244/94, Jurispr. 1995, p. I-4013 ('Fédération Française').

HvJEU, 12 september 2000, C-180/98 t/m C-184/98, Jurispr. 2000, p. I-6451 ('Pavlov').

HvJEU, 18 juni 1998, C-35/96, Jurispr. 1998, p. I-3851 ('Commissie/Italië').

HvJEU, 21 september 1999, C-67/96, Jurispr. 1999, p. I-5863 ('Albany International').

HvJEU, 21 september 1999, C-115/97 t/m C-117/97, Jurispr. 1999, p. I-6029 ('Brentjens').

HvJEU, 21 september 1999, C-219/97, Jurispr. 1999, p. I-6125 ('Maatschappij Drijvende Bokken').

HvJEU, 23 oktober 1997, C-157/94, Jurispr. 1997, p. I-5699 ('Commissie/Nederland').

HvJEU, 12 februari 1998, C-163/96, Jurispr. 1998, p. I-533 ('Raso e.a.').

HvJEU, 12 september 2000, C-180/98 t/m C-184/98, Jurispr. 2000, p. I-6497 ('Pavlov').

HvJEU, 21 september 2000, C-222/98, Jurispr. 2000, p. I-7129 ('Van der Woude').

HvJEU, 22 januari 2002, C-218/00, Jurispr. 2002 p. I-717 ('Cisal').

HvJEU, 11 december 2007, C-280/06, Jurispr. 2007, p. I-10893 ('ETI e.a.').

HvJEU, 11 december 2007, C-438/05, Jurispr. 2007, p. I-10799 ('Viking Line').

HvJEU, 5 maart 2009, C-350/07, Jurispr. 2009, p. I-01513 ('Kattner Stahlbau').
HvJEU, 1 maart 2011, C-236/09, Jurispr. 2011, p. I-00773 ('Test-Aankoop').
HvJEU, 3 maart 2011, C-437/09, *PJ* 2011/57 ('AG2R').
HvJEU, 7 maart 2013, C-424/119, Jurispr. 2013, p. I-0023 ('Wheels').

Hoge Raad

Hoge Raad, 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 117.
Hoge Raad, 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 94 ('Van Schijndel').
Hoge Raad, 6 juni 1997, *NJ* 2000, 232 ('Drijvende Bokken').
Hoge Raad, 5 februari 1999, *NJ* 2000, 451 ('Albany').
Hoge Raad, 16 november 2001, *LJN*: AD4506 ('Pavlov').
Hoge Raad, 24 november 2006, *NJ* 2006, 644.

Gerechtshof

Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, *RAR* 2006/16.

Rechtbank

Rb. Amsterdam, 9 juli 1999, *LJN*: AA4272 ('MAAV').
Rb. Rotterdam, 15 maart 2012, *LJN*: BV9210 ('Pensioenfonds Glasfabrieken/DNB').

College van Beroep voor het Bedrijfsleven

CBB, 30 januari 2009, *LJN* BH3316.
CBB, 31 januari 2009, *LJN* BH3320.
CBB, 23 april 2013, *LJN* BZ8253, *AWB* 10/919 ('Facet').

College voor de Rechten van de Mens (voormalig CGB)

CRVM, 1 augustus 2003, oordeel 2003-106.
CRVM, 17 juni 2005, oordeel 2005-106.
CRVM, 8 november 2005, oordeel 2005-219.
CRVM, 10 september 2009, oordeel 2009-89.
CRVM, 27 augustus 2010, oordeel 2010-129.
CRVM, 16 juni 2011, oordeel 2011-91.
CRVM, 7 december 2011, oordeel 2011-184 ('Stichting Pensioenfonds Metalelektro').
CRVM, 16 maart 2012, oordeel 2012-51 ('DHL Supply Chain Netherlands').

8.3 Parlementaire geschiedenis

Handelingen II 1947/48, 785, nr. 1-2.
Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 3.
Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 4.
Kamerstukken II 1947/48, 785, nr. 5.
Handelingen I 1948/49, 785, vel 81, p. 305.
Kamerstukken I 1948/49, 785, vel 79, p. 279.
Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 3.
Kamerstukken II 1969/70, 10 216, nr. 5.
Kamerstukken II 1996/97, 25 014, nr. 1.
Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 3.
Kamerstukken II 1999/00, 27 073, nr. 6.
Kamerstukken II 2000/01, 26 537, nr. 4.

Kamerstukken II 2000/01, 27 073, nr. 13.
Kamerstukken II 2000/01, 27 073, nr. 15-herdruk.
Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3.
Kamerstukken II 2001/02, 28 170, C.
Kamerstukken II 2003/04, 28 294, nr. 3.
Kamerstukken II 2003/04, 28 294, nr. 22.
Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3.
Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17.
Kamerstukken II 2005-2006, 30 413, nr. 24.
Kamerstukken II 2006/07, 30 413, nr. 93.
Kamerstukken II 2007/08, 30 413, nr. 106.
Kamerstukken II 2008/09, 31 891, nr. 3.
Kamerstukken II 2008/09, 32 043, nr. 1.
Kamerstukken II 2010/11, 30 413, 157.
Kamerstukken II 2010/11, 31 311, nr. 71.
Kamerstukken II 2012/13, 31 311, nr. 97.
Kamerstukken II 2011/12, 32 477, A.
Kamerstukken II 2011/12, 21 501, nr. 657.
Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 112.
Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 113.
Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 11.
Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 109.
Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 106.
Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 105.
Kamerstukken II 2011/12, 32 043, nr. 112.
Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 128.
Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 129.
Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 134.
Kamerstukken II 2012/13, 33 410, motie nr. 41.
Kamerstukken II 2012/13, 32 043, nr. 150 (incl. bijlage).
Kamerstukken II 2012/13, 33 610, nr. 2.

